



FACULDADE BAIANA DE DIREITO
CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

FILIFE CARVALHO FALCÃO

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA SENTENÇA ADITIVA E
SUA UTILIZAÇÃO NA ADPF Nº 54**

Salvador
2015

FILIPPE CARVALHO FALCÃO

**A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA SENTENÇA ADITIVA E
SUA UTILIZAÇÃO NA ADPF Nº 54**

Monografia apresentada ao curso de graduação em Direito, Faculdade Baiana de Direito, como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Salvador
2015

TERMO DE APROVAÇÃO

FILIPPE CARVALHO FALCÃO

A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DA SENTENÇA ADITIVA E SUA UTILIZAÇÃO NA ADPF Nº 54

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel em
Direito, Faculdade Baiana de Direito, pela seguinte banca examinadora:

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Nome: _____

Titulação e instituição: _____

Salvador, ____/____/ 2015

Aos meus pais, Pedro Costa Falcão e Suzana Maria Carvalho Falcão, pelo amor, compreensão e apoio.

À minha irmã, Vanessa, pela inabalável cumplicidade.

Aos meus professores Gabriel Marques e Daniel Oitaven, mestres pelo saber, e não pelo poder.

RESUMO

O presente trabalho monográfico tem como objetivo analisar a compatibilidade da sentença aditiva com a Constituição Federal de 1988 e demonstrar a sua utilização prática no julgamento da ADPF nº 54. Nesse julgamento, o Ministro Gilmar Mendes objetivou inserir na legislação penal brasileira uma nova modalidade de aborto, o aborto de anencéfalo, como se legislador fosse, utilizando-se da sentença aditiva. Essa espécie de sentença possibilita a alteração da norma infraconstitucional que não preveja determinado valor que o Tribunal Constitucional entenda como crucial para considerá-la constitucional. Para isso, o Tribunal se vale de métodos interpretativos, como a interpretação conforme à Constituição, para promover a inserção no ordenamento do que ele entende como correto. Essa atuação jurisdicional é considerada pela doutrina como uma manifestação do ativismo judicial. Contudo, a doutrina constitucional não assiste a essa prática ativista sem tecer críticas. A temática envolve importantes debates no âmbito da teoria do direito que buscam elucidar qual o verdadeiro papel de uma Corte Constitucional no Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: sentença aditiva; jurisdição constitucional; ativismo judicial; interpretação conforme à Constituição; separação dos poderes.

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	08
2 O PÓS-POSITIVISMO NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: PERSPECTIVAS TEÓRICAS	11
2.1 POSITIVISMO JURÍDICO	11
2.2 CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO	13
2.2.1 A Tópica e a possibilidade de esvaziamento do sentido da norma	14
2.2.2 Interpretação pluralista e sociedade aberta dos intérpretes	15
3 O CONFLITO ENTRE HART E DWORKIN: AFIRMAÇÃO E “SUPERAÇÃO” DO POSITIVISMO	18
3.1 HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART	18
3.1.1 Fundamentos de um sistema jurídico	18
3.1.2 Textura aberta das normas	21
3.2. RONALD DWORKIN	25
3.2.1 O poder discricionário	26
3.2.2. O poder discricionário na teoria positivista	28
3.2.3 O relevante papel dos princípios no exercício do poder discricionário em seu sentido forte	30
4 SENTENÇA ADITIVA E O CONSTITUCIONALISMO ITALIANO	33
4.1 COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO ITALIANA DE 1947	33
4.2 SENTENÇA ADITIVA	36
4.2.1 Conceito, correlação com ativismo judicial e interpretação conforme à Constituição	36
4.2.2 Breves anotações sobre a sentença aditiva sob a ótica de Hans Kelsen	44
5 A UTILIZAÇÃO DA SENTENÇA ADITIVA NA ADPF Nº 54	46
5.1 ADPF Nº 54	46
5.1.1 Entendimentos divergentes entre Ministros do STF	47
5.1.2 A posição do <i>Parquet</i>	55
5.2 SENTENÇA ADITIVA: CONCREÇÃO OU VIOLAÇÃO DA CF/88?	58
6 CONCLUSÃO	66

1. INTRODUÇÃO

O Direito Constitucional vive, nos tempos de hoje, um evidente conflito quanto à sua aplicação no seio dos Tribunais Constitucionais. Após o mundo vivenciar duas Grandes Guerras e um extenso período de bipolarização entre o mundo ocidental, democrático, e o Império russo, totalitário, ficou claro para as democracias constitucionais que, para se ter ordem interna e respeito internacional, os direitos fundamentais consignados nas respectivas Constituições precisavam ser, de fato, concretizados, para que os tempos de horror, supracitados, fiquem, definitivamente, no passado.

No Brasil, a Constituição Federal de 1988 é um exemplo claro de uma Constituição cidadã. Nela estão previstos direitos fundamentais caros à humanidade, sejam individuais ou coletivos, que necessitam de um sistema de complementação legislativa e de aplicação jurídica, desempenhados, classicamente, pelos Poderes Legislativo e Judiciário, respectivamente.

A ressalva quanto à sua acepção clássica de repartição de atribuições aos supracitados Poderes é necessária, visto que, atualmente, no bojo do constitucionalismo contemporâneo, ou, para alguns, pós-positivismo, o Poder Judiciário não se atém mais à sua função eminentemente jurídica e passa a desempenhar um papel político diante da realidade social, através de decisões aditivas, que são manifestações do, assim chamado, ativismo judicial.

A sentença aditiva (espécie de decisão aditiva) consiste numa construção jurisdicional italiana que tem o condão de alterar a legislação infraconstitucional que não esteja em conformidade com a Constituição, segundo o juízo do Tribunal Constitucional. Ela tem sido defendida como meio de alcançar a concretização dos direitos fundamentais e resguardar a supremacia da Constituição perante a inércia do Parlamento em responder à sociedade sobre questões sensíveis, que envolvem importantes conflitos éticos, morais e jurídicos. No Brasil, buscou-se, através da sentença aditiva, inserir no ordenamento jurídico uma nova modalidade de aborto, o aborto de anencéfalo, no julgamento da ADPF nº 54.

A atuação positiva dos Tribunais Constitucionais, manifestada no crescimento de decisões com cunho aditivo, tem sido sustentada como um movimento

contramajoritário, defensor dos direitos da minoria, ou seja, de reação ao Parlamento que age com base na vontade majoritária.

Em sentido diametralmente oposto, alguns entendem que a utilização de sentenças aditivas consiste numa agressão à República e ao princípio da Separação dos Poderes. A atuação positiva dos Tribunais seria, portanto, uma manifestação política dos juízes não prevista na Constituição Federal de 1988 e, desse modo, inconstitucional, pois configuraria uma usurpação da competência do Poder Legislativo pelo Poder Judiciário. Apontam como consequência o enfraquecimento do ordenamento jurídico, na medida em que põe em cheque a segurança jurídica, e da própria democracia. Atentam para a proteção da soberania popular, livrando o Parlamento da interferência dos outros Poderes.

O presente trabalho pretende analisar a compatibilidade da sentença aditiva com os valores fundamentais consignados na Constituição Federal de 1988. Objetiva, também, demonstrar a sua utilização prática, mediante estudo dos votos favoráveis e contrários à sentença aditiva, no julgamento da ADPF nº 54, bem como o posicionamento do *Parquet* sobre o caso.

Tal estudo será desenvolvido com base na Constituição Federal de 1988, na doutrina, na jurisprudência, em pesquisas, artigos jurídicos e no direito comparado. O trabalho será dividido em quatro capítulos.

O primeiro capítulo envolve a demonstração das perspectivas teóricas que circundam o constitucionalismo contemporâneo. Aborda o deslocamento do polo interpretativo nas democracias constitucionais contemporâneas, em contraposição ao modelo clássico delineado no positivismo jurídico. Estuda a proposta da teoria da sociedade aberta dos intérpretes para a ampliação dos agentes interpretativos da Constituição.

O segundo capítulo fornece um estudo detalhado do conflito hermenêutico entre Herbert Hart e Ronald Dworkin, que protagonizaram um embate filosófico acerca do positivismo. Tal estudo será conduzido através de recortes das ideias centrais de duas obras essenciais dos referidos autores: “O Conceito de Direito”, de Hart e “Levando os Direitos a Sério”, de Dworkin.

O terceiro capítulo busca demonstrar a origem da sentença aditiva, que remonta ao Direito Italiano; o contexto jurídico-político de sua formulação; a correlação entre

sentença aditiva, ativismo judicial e interpretação conforme; e o seu estudo sob a ótica das lições gerais de Hans Kelsen.

O quarto capítulo analisa o julgamento da ADPF nº 54, através dos votos favoráveis e contrários ao deferimento da ação; o posicionamento do *Parquet*, e a divergência doutrinária no âmbito do Direito Constitucional quanto a compatibilidade da sentença aditiva com a Constituição Federal de 1988.

Por fim, pretende-se chegar a conclusões sobre a contemporânea atuação positiva das Cortes Constitucionais, verificando-se a legitimidade constitucional da prolação de uma sentença aditiva.

2. O PÓS-POSITIVISMO NO CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO: PERSPECTIVAS TEÓRICAS

2.1 POSITIVISMO JURÍDICO

O positivismo jurídico surge diante da necessidade de sistematizar os fatos sociais e se sedimenta na cultura jurídica, em meados do Século XX, com bastante influência do formalismo jurídico do Século XIX (CAMARGO, 2003, p.88).

A opção pelo formalismo evidencia a preocupação com a segurança, com uma estrutura normativa de prescrição de condutas. Através dela, torna-se possível garantir a ordem no contexto social, sendo que, o desrespeito às normas instituídas acarretará numa espécie de sanção, para coibir o desvirtuamento do pacto social.

A *norma* é o instrumento pelo qual a sociedade manifesta os valores que devem reger a vida social, compondo uma estrutura que não tem uma matriz axiológica inerente e, por isso, devendo ser preenchida de acordo com o poder político representante da sociedade.

Diante disso, a ciência jurídica se debruçou sobre essa estrutura para compor uma teoria normativa.

Nesse sentido, Tercio Sampaio Ferraz Jr. (2013, p. 76) esclarece que:

Mesmo sem *desconhecer* que o jurista, ao conceber normativamente as relações sociais, a fim de criar condições para decidibilidade de seus conflitos, também é um cientista social, há de se *reconhecer* que **a norma é seu critério fundamental de análise**, manifestando-se para ele o fenômeno jurídico como um dever-ser da conduta, um conjunto de proibições, obrigações, permissões, por meio do qual os homens criam entre si relações de subordinação, coordenação, organizam seu comportamento coletivamente, interpretam suas próprias prescrições, delimitam o exercício do poder etc. (grifos nossos).

Partindo do pressuposto que a *norma* é a principal fonte de direito para o aplicador do direito, o positivismo jurídico acaba por reconhecer a necessidade de um agente que aplique o direito, mas, também, acaba por restringir sua atuação, vinculando-o à lei.

Dentro do sistema, procurou-se dispor as normas de forma hierarquizada, estabelecendo, assim, uma estrutura de validade, sendo a mais geral a que confere validade à mais específica, desde que esta atenda a seus requisitos.

Delimitando o enfoque aos regimes que instituíram um Estado Democrático de Direito, temos na Constituição de uma democracia a *norma* principal, aquela que inicia o sistema normativo e confere validade às normas que dela derivam.

Oportuno demonstrar a importância do diploma constitucional pelas palavras de Carlos Maximiliano (2013, p. 253) quando diz que:

A Constituição é a égide da paz, a garantia da ordem, sem a qual não há progresso nem liberdade. Forçoso se lhe torna acompanhar a evolução, adaptar-se às circunstâncias imprevistas, vitoriosa em todas as vicissitudes, porém, quanto possível, inalterada na forma.

A Constituição de um país pode ser caracterizada de acordo com sua abrangência, já que é um documento, uma prescrição, que nasce com o propósito de perpetuidade.

Entretanto, é de sua natureza, a incapacidade de abranger toda realidade social que está por vir, no decorrer do tempo, o que consiste numa posição crítica ao positivismo, que busca atingir, em seu sistema, a completude do ordenamento jurídico (BARROSO, 2004, p. 323).

Daí vem a principal crítica ao positivismo, em seu respeito irrestrito a norma, e mais precisamente por não oferecer métodos interpretativos que extrapolem o conteúdo da norma para abarcar as novas situações sociais decorrentes da evolução histórica.

Nesse sentido, buscou-se superar o engessamento positivista através de uma nova ótica de interpretação constitucional, de caráter pós-positivista, com relevância no constitucionalismo contemporâneo, e materializado nas decisões dos Tribunais.

A nova proposta não tem o ímpeto de desconstruir o modelo positivista consagrado, mas de promover a valorização da Ética correlacionada ao Direito, em detrimento do formalismo positivista e suas limitações (BARROSO, 2004, p. 326).

2.2 CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÂNEO

A superação que se busca, na contemporaneidade, quando se trata de materializar direitos, é a de lançar novos parâmetros interpretativos para a matéria constitucional, ampliando o alcance da previsão do constituinte, e a efetividade que dela se pode extrair no mundo real.

Como bem pontua Eros Roberto Grau (2006, p. 59), “a interpretação do direito não é mera dedução dele, mas sim processo de contínua adaptação de seus textos normativos à realidade e seus conflitos”.

Esta postura diante do texto máximo vem da necessidade que se tem, em regimes democráticos, de satisfazer demandas que determinados grupos da sociedade civil, por vezes minoritários, entendem pertinentes para atender seus Direitos que vislumbram consubstanciados na Carta Magna, mas ainda não efetivados.

A pressão popular sobre os Órgãos da República não é novidade em regimes dessa natureza e é, inclusive, manifestação de saúde democrática, de liberdade de expressão. Entretanto, a partir da resposta institucional a essa pressão, é que se mede a maturidade democrática que as instituições da República se encontram, visto que nenhum Estado moderno almeja uma ditadura da maioria, e, tampouco, outra da minoria. Ou seja, nenhum Estado moderno almeja que suas instituições fiquem subservientes à opinião pública, seja majoritária ou minoritária.

É sabido que os pleitos da minoria raramente conseguem êxito no Parlamento brasileiro, visto que a sua conformação se dá embasada por valores conservadores, já que, em tese, a maioria de seus representantes representa os valores da maioria do eleitorado brasileiro, que é conservador.

Atentando-se à necessidade de tutela de direitos minoritários, a própria Carta Magna de 1988 estabeleceu um rebuscado sistema de acesso ao judiciário, de discussão direta de direitos, que é o controle de constitucionalidade, no qual se pode controlar os atos do Legislativo e Executivo (BONAVIDES, 2008, p. 152).

Desse modo, através do controle de constitucionalidade, as organizações civis podem provocar a Corte Maior, e buscar definitividade sobre questões que dividem o país e não são enfrentadas pelo Parlamento.

Daí que os Juízes últimos da República buscam dar maior efetividade ao que está disposto na Constituição, sendo que alguns detêm posição mais positiva e outros mais negativa, no momento de julgar.

Nesse sentido, Friedrich Hegel (2003, p.226) reconhece que:

O princípio dos Estados modernos tem esta imensa força e profundidade: permitirem que o espírito da subjetividade chegue até a extrema autonomia da particularidade pessoal ao mesmo tempo que o reconduz à unidade substancial, assim mantendo esta unidade no seu próprio princípio (HEGEL, 2003, p.226).

Essas Instituições representam “a base segura do Estado bem como da confiança e dos sentimentos cívicos dos indivíduos” (HEGEL, 2003, p. 229).

“Confiança” no sentido de que, por elas, dar-se-á a satisfação de seus direitos, a proteção da liberdade individual e pública, e “sentimento” por elas consubstanciarem a organização da sociedade para ser possível a convivência coletiva, e, desse modo, é possível se “sentir” como ser social.

2.2.1 A Tópica e a possibilidade de esvaziamento do sentido da norma

O constitucionalismo contemporâneo estabelece um novo prisma de hermenêutica constitucional, quando vislumbra uma estrutura aberta de interpretação no processo constitucional.

A ênfase dada à hermenêutica constitucional tem como propósito solucionar os graves conflitos jurídico-políticos característicos dos Estados Democráticos. Tais conflitos que comumente surgem podem atingir tamanha complexidade que é preciso algo além dos meios clássicos de interpretação para solucioná-los, evidenciando, assim, a necessidade de superação da hermenêutica clássica por uma nova ordem interpretativa (MARTINS; MENDES, 2009, p. 294).

Pensou-se em superar os métodos interpretativos clássicos com a inserção do estudo da Tópica na hermenêutica constitucional, que tem como característica direcionar o método interpretativo ao problema (FREIRE, 2009, 167).

A importância dada aos elementos que o caso concreto (problema) pode fornecer para auxiliar o ato interpretativo ganha sentido quando se analisa a natureza do texto constitucional que é, mesmo em sede de Constituições analíticas, abstrata, indeterminada na medida em que estipula padrões e princípios a serem seguidos, e deve a sua generalidade textual ao seu objetivo de continuidade, de perpetuação no tempo (MARTINS; MENDES, 2009, p. 295).

Entretanto, a aplicação do método tópico numa abordagem radical poderia promover um esvaziamento do sentido da norma, visto que o foco do método está no que o caso concreto traz ao ordenamento jurídico, ao invés de ter a norma como fonte principal da juridicidade.

Daí que vem a preocupação da própria jurisdição constitucional em se autolimitar no seu exercício de controle, para não se afastar drasticamente do escopo legislativo, evitando decisões de caráter arbitrário, e, assim, evitar, também, que os outros Poderes busquem limitar institucionalmente a atuação judicial em sede de jurisdição constitucional, o que resultaria na perda de sua efetividade (MARTINS; MENDES, 2009, p. 296).

2.2.2 Interpretação pluralista e sociedade aberta dos intérpretes

Marco teórico estabelecido por Peter Habermas (2002), a interpretação pluralista associada à concepção da sociedade aberta dos intérpretes veio com o objetivo de sanar o que é considerado como um déficit na doutrina tradicional, no que concerne ao método interpretativo.

Tal doutrina demonstra a característica difusa do processo de interpretação, que é exercida por um círculo amplo de participantes, em contraposição ao modelo clássico de interpretação, considerado como característico de uma 'sociedade fechada', no qual os detentores da interpretação seriam, tão somente, aqueles constitucionalmente previstos para tanto (HABERLE, 2002, p. 12-13).

A necessidade de abrir o leque interpretativo vem da vontade de aproximar o texto constitucional da realidade, dos fenômenos sociais. Essa aproximação gera efeitos diretos no momento de julgar, já que tem como pressuposto a falibilidade da mera

subsunção do fato à norma pelo aplicador do direito, e pretende, assim, que a decisão judicial seja elaborada levando em consideração todos os elementos que possam influir na prévia interpretação da norma, que serão colhidos do estudo do caso concreto.

Esse posicionamento, além de expor uma releitura da relação entre Constituição e realidade, proporciona, também, uma nova concepção do papel da Corte Constitucional, que passa a equalizar, compatibilizar, as diversas forças que são entendidas como legítimas para compor o processo de interpretação pluralista constitucional (MARTINS; MENDES, 2009, p. 298-299)

A sociedade aberta dos intérpretes tem como principal contribuição para a ciência jurídica a negação da existência de um monopólio interpretativo, revelando a participação da coletividade em oferecer alternativas interpretativas para o texto constitucional.

A quebra desse monopólio traduz a essência de um Estado Democrático de Direito, já que reforça a participação direta das minorias no processo interpretativo, podendo acionar o Judiciário para apreciação e possível efetivação de seus direitos. Nesse sentido, Hans Kelsen (2013) associa a Jurisdição Constitucional, que nada mais é que o meio hábil para acessar o Judiciário diretamente, ao regime democrático, visto que as forças diversas, que podem reclamar direitos, buscam, no Judiciário, o consenso entre as afirmações sociais dissonantes.

Daí que o jurista austríaco demonstra o caráter político necessário de uma decisão judicial, que é concebido pela própria norma emanada do legislador, ao autorizar, em certos casos, alternativas decisórias ao Juiz.

A autorização dada ao Juiz para analisar interesses contrários em litígio e escolher, no ato decisório, pela concessão, seja total ou parcial, de um direito requerido a uma parte ou parcialmente a ambas, consiste num poder de criação de direito, já que terá como produto uma norma jurídica individualizada que regerá o caso. Entretanto, o poder de criação referido está vinculado aos limites delineados pela legislação pertinente ao caso (KELSEN, 2013, p. 251).

As Constituições democráticas têm como matriz axiológica o respeito ao pluralismo e suas manifestações, o que não significa deixar a ordem social sem regulamentação. O respeito se manifesta, também, na organização, mesmo que geral, da

manifestação popular e dos órgãos que a representam, sendo possível, assim, reunir os interesses alheios, e solucioná-los dentro de uma perspectiva sistêmica. Desse modo, não pode haver discordância sobre o método de solução dos conflitos eleito pela Carta Maior de um Estado democrático, visto que, é isto que impede a própria dissolução da democracia instituída (MARTINS; MENDES, 2009, p. 302).

Nessa esteira de pensamento, a nova ordem interpretativa demonstra seu desiderato de ampliar, no que se refere ao intérprete, a função de “medir e especificar a intensidade da relação entre o dispositivo interpretado e os fins e valores que lhe são, potencial e axiologicamente, subjacentes” (AVILA, 2012, p. 45).

Desse modo, fica demonstrada a compatibilidade entre a defesa de direitos minoritários e a ampliação do leque interpretativo, mediante o condicionamento de propositura das posições pluralistas a um sistema de solução de conflitos, instituído pelo Texto Maior, e aceito pela comunidade sem controvérsias.

3. O CONFLITO ENTRE HART E DWORKIN: AFIRMAÇÃO E “SUPERÇÃO” DO POSITIVISMO

3.1 HERBERT LIONEL ALDOPHUS HART

Notório filósofo e jurista inglês, Hart (2001) tem como preocupação, em sua doutrina, delimitar a natureza do Direito, como o corpo social que está sob seus mandamentos o enxerga, e as condições de sua validade.

Seu pensamento contribuiu para filosofia jurídica do positivismo, já que, em sua obra, há um estudo minucioso das regras que compõem o ordenamento jurídico, evidenciando onde se situam as diversas regras existentes em sua classificação própria, como elas se relacionam no campo da validade, que tem como pressuposto uma relação hierárquica entre elas, e, por conseguinte, como os agentes da sociedade, sejam eles oficiais ou privados, *aceitam* as regras existentes em suas próprias observações sobre o Direito.

Nesse sentido, Hart (2001) busca estabelecer o alicerce, o que embasa/fundamenta um sistema jurídico e, na esteira desse esforço conceitual, elabora sua visão acerca das normas jurídicas, onde vislumbra a “textura aberta” dessas normas.

3.1.1 Fundamentos de um sistema jurídico

Segundo Hart, um sistema jurídico simples seria aquele em que apenas o ato legislativo é capaz de estatuir direito. O ato de promulgação de determinada norma pelo órgão legislativo é o que confere validade ao que foi normativizado e, desse modo, “o único critério para identificar o direito será uma simples referência ao facto da promulgação” (HART, 2001, p. 112).

Vislumbrando-se as situações concretas do cotidiano, é possível diferenciar dois tipos de regras que compõem (e fundamentam) um sistema jurídico: as regras primárias de obrigação e a regra secundária de reconhecimento.

Analisando um sistema jurídico simples, a regra de reconhecimento consiste no que foi produzido mediante ato legislativo, ou seja, no texto legal, no produto da

normativização. A partir da identificação de uma norma de reconhecimento, é possível se identificar, também, as obrigações (regras primárias) nas situações jurídicas concretas do cotidiano.

Entretanto, os Estados modernos não são dotados de sistemas jurídicos simples, como evidencia a estrutura normativa do sistema jurídico inglês, no qual coexistem, como fontes de direito, lei parlamentar, regras consuetudinárias e de *common law*.

Nesse sentido, Hart (2001, p. 112) esclarece:

Num moderno sistema jurídico, em que existe uma variedade de <<fontes>> de direito, a regra de reconhecimento é correspondentemente mais complexa: os critérios para identificar o direito são múltiplos e comumente incluem uma constituição escrita, a aprovação por uma assembleia legislativa e precedentes judiciais.

Desse modo, a regra de reconhecimento, num sistema jurídico moderno, é um conjunto de previsões oficiais do que é o Direito e como ele deve atuar nos casos abrangidos por essas previsões. Para Hart (2001), a regra de reconhecimento não é enunciada, mas manifesta-se no caso concreto, quando ela identifica a regra concreta que regerá o caso singular, ou seja, a sua utilização revela a sua existência.

Como a regra de reconhecimento confere validade às outras regras que compõem o sistema jurídico em análise, ela é tida como regra última deste sistema, ou seja, toda e qualquer regra subordinada é confrontada à regra última, para ser considerada válida.

A teoria jurídica, ao estabelecer esses critérios, deparou-se com um importante questionamento acerca da regra de reconhecimento: como se dá a determinação de sua existência e validade.

Sobre o tema, Hart (2001, p. 119) expõe a controvérsia:

Alguns autores, que acentuaram a natureza última da regra de reconhecimento, expressaram tal dizendo que, enquanto a validade jurídica das outras regras do sistema pode ser demonstrada por referência àquela, a sua própria validade não pode ser demonstrada, antes é <<assumida>> ou <<postulada>>, ou constitui uma <<hipótese>>.

Para alguns autores, tratar a validade da regra de reconhecimento como “hipótese” garante segurança jurídica ao sistema jurídico que ela inicia, já que, uma vez aceita

por todos inseridos no sistema, a sua validade não é questionada por não haver uma regra anterior que a assegure.

Diante desta problemática, o referido autor não considera a natureza hipotética da regra de reconhecimento e elucida que a regra de reconhecimento pode ser *afirmada* através de duas formas de expressão: interna e externa.

Veja-se:

À primeira destas formas de expressão chamaremos uma *afirmação interna*, porque manifesta o ponto de vista interno e é naturalmente usada por quem, aceitando a regra de reconhecimento e sem declarar o facto de que é aceite, aplica a regra, ao reconhecer uma qualquer regra do sistema como válida. À segunda forma de expressão chamaremos de *afirmação externa*, porque é a linguagem natural de um observador externo ao sistema que, sem aceitar ele próprio a regra de reconhecimento desse sistema, enuncia o facto de que outros a aceitam. (HART, 2001, p. 114)

A afirmação interna é comumente feita pelos Tribunais, demais entes oficiais, ou qualquer pessoa inserida no sistema jurídico, podendo ser afirmações oficiais ou não. Aquelas consistem na identificação de regras primárias com base na regra de reconhecimento efetuada por entes dotados de autoridade para tanto. São pronunciamentos oficiais, que regulam de fato o caso concreto, produzindo reais efeitos jurídicos. A afirmação interna não oficial consiste numa opinião sobre determinado aspecto jurídico e não tem o condão de produzir efeitos jurídicos reais, não tendo relevância prática, mas é apreciada em sede de Ciência Jurídica.

A afirmação externa tem como peculiaridade a análise da regra de reconhecimento sob outro prisma, já que quem a afirma não está inserido no sistema jurídico que ela inicia. Tal afirmação reconhece a existência da regra última, em determinado sistema jurídico, mesmo não a aceitando como tal, o que denota sua natureza de mero pronunciamento sobre algo existente em tempo e espaço determinados.

Utilizando-se destes conceitos, Hart (2001) acentua que a existência da regra de reconhecimento é uma questão de fato, e só pode ser comprovada mediante uma afirmação externa, que reconhece de forma incontroversa o sistema jurídico iniciado por ela e, portanto, a sua própria existência. Entretanto, a validade da regra de reconhecimento é uma questão de direito, já que ela é identificada por referência às regras primárias que subsistem válidas no sistema jurídico, por estarem em

consonância com a regra última, evidenciando que esta detém o critério supremo de validade.

A dualidade da regra de reconhecimento é explicada através da utilização do conceito de “jogo de linguagem” de Wittgenstein, quando se afirma sua existência externamente, e sua validade, internamente. (HABERMAS, 2003, p. 251)

Sobre essa dualidade, Hart (2001, p. 123) conclui:

Qualquer destes aspectos merece atenção, mas não podemos fazer justiça a ambos escolhendo um dos rótulos: <<direito>> ou <<facto>>. Em vez disso, devemos recordar que a regra última de reconhecimento pode ser vista de duas perspectivas: uma está expressa na afirmação externa de facto de que a regra existe na prática efectiva do sistema; a outra está expressa nas afirmações internas de validade, feitas por aqueles que a usam pra identificar o direito.

Desse modo, a validade da regra de reconhecimento é demonstrada pela subsistência do ordenamento jurídico que ela inicia, não havendo regra anterior que confira a sua própria validade.

3.1.2 Textura aberta das normas

O Direito, em sua tentativa de regular as relações sociais, enfrenta um problema característico das ciências que se utilizam da Linguagem para expressar os seus ditames: a inerente indeterminação que, em algum ponto, a Linguagem traz em qualquer previsão que se faça. As normas carregam consigo um grau de indeterminação inerente à sua formação linguística, por mais clara que possa ser ou parecer, já que os casos que surgem no mundo real têm aspectos semelhantes e outros bem diversos que, num primeiro momento, indicam uma semelhança entre eles, que, na verdade, camufla uma significativa diferença.

Nesse sentido:

Por vezes, o domínio que deve ser juridicamente controlado é reconhecido desde o princípio como um domínio em que os aspectos dos casos individuais variarão tanto, em contextos socialmente importantes mas imprevisíveis, que não podem ser criadas pelo poder legislativo, de forma antecipada, regras uniformes destinadas a ser aplicadas caso a caso, sem directivas oficiais ulteriores. (HART, 2001, p. 144)

Subsumir um fato à norma prevista consiste numa tarefa atribuída ao aplicador do direito, que, também é interprete, levando em consideração a indeterminação inerente das normas. Seja por meio de legislação (indeterminação de menor grau) ou precedentes (indeterminação de maior grau), sempre haverá uma *textura aberta* na aplicação dessas normas ao caso concreto, sendo do interprete da lei a tarefa de buscar a determinação no escopo legal indeterminado.

Sobre o tema, Hart (2001, p. 140-141) pontua:

Seja qual for o processo escolhido, precedente ou legislação, para a comunicação de padrões de comportamento, estes, não obstante a facilidade com que actuam sobre a grande massa de casos correntes, revelar-se-ão como indeterminados em certo ponto em que a sua aplicação esteja em questão; possuirão aquilo que foi designado como *textura aberta*.

A atividade jurisdicional no âmbito da textura aberta pode ser comparada a um poder delegado conferido ao funcionário em sede de um órgão administrativo, como a elaboração de regulamentos, por exemplo. Hart (2001) faz essa comparação em sua obra, porque é de intenção do legislador a atuação jurisdicional nos casos em que a previsão abstrata de conduta não é suficiente. Desse modo, a atuação do juiz é essencial para se materializar o direito que regerá o caso, veja-se:

A textura aberta do direito significa que há, na verdade, áreas de conduta em que muitas coisas devem ser deixadas para serem desenvolvidas pelos tribunais ou pelos funcionários, os quais determinam o equilíbrio, à luz das circunstâncias, entre interesses conflitantes que variam em peso, de caso para caso. (HART, 2001, p. 148)

Deixar a cargo do judiciário a função de trazer equilíbrio, à luz das circunstâncias, consiste em atestar a limitação inerente às normas prescritivas de condutas, revelando certo ceticismo em relação às regras.

A desconfiança dos cétricos em relação às regras é tão explícita que alguns chegam a defender posicionamentos no sentido de que tais regras nem sequer existem. O que existiria seria tão somente a conformação dos Tribunais sobre padrões de conduta que viriam a se tornar regras, de fato, após a decisão judicial. Desse modo, não haveria uma afirmação interna dos juízes que revelasse sua aceitação de regras previamente estabelecidas, deixando o destino do direito à sorte da decisão judicial.

Sobre o tema, Hart (2001, p.152) esclarece:

O céptico acerca das regras é por vezes um absolutista desapontado; descobriu que as regras não são tudo que seriam no paraíso de um formalista, ou num mundo em que os homens fossem iguais aos deuses e pudessem prever todas as combinações possíveis de facto, de tal forma que a textura aberta não fosse um aspecto necessário das regras. A concepção do céptico sobre aquilo que é necessário para a existência de uma regra pode, por isso, ser um ideal inatingível, e quando descobre que não é atingido por aquilo a que se chamam regras, exprime o seu desapontamento pela negação de que haja, ou possa haver, quaisquer regras.

Esse posicionamento (céptico) se forma dada a vinculação relativa que uma regra pode gerar, vinculação esta que deveria ser absoluta, para os formalistas. Entretanto, Hart (2001, p.153) pontua que se a própria regra comporta exceção ao que ela determina principalmente, este fato não a descaracteriza como regra, sua força não se perde, já que “uma regra que termina com a expressão << a menos que... >> é ainda uma regra”.

Essa concepção de decisão judicial – não limitada por regras – como a que comumente acontece, dentro da visão céptica, é afastada pelo referido autor como o modo de decisão tradicional. Há também o posicionamento céptico de que o juiz escolheria uma regra que se amoldasse à sua vontade de decidir, ao seu palpite sobre o caso. Nesse sentido, Hart (2001) pontua que, se o que foi descrito ocorrer, será um modo de decisão excepcional e não a regra das decisões judiciais.

Veja-se:

Algumas decisões judiciais podem ser semelhantes a isso, mas é claramente evidente que, na sua maior parte, as decisões, como sucede nos movimentos do jogador de xadrez, são obtidas, ou através de um esforço genuíno de obediência às regras, tomadas conscientemente como padrões orientadores de decisão, ou, se obtidas intuitivamente, são justificadas por regras que o juiz dispunha anteriormente a observar e cuja relevância para o caso concreto seria reconhecida de modo geral. (HART, 2001, p. 154)

O esforço genuíno, pelo juiz, de obediência às regras é enfatizado pelo referido autor para afastar a possível confusão entre o papel criador do juiz no âmbito de normas de textura aberta com decisões manifestamente arbitrárias.

Para afastar essa confusão, Hart explica através de analogia entre autoridades oficiais, sendo o juiz (de direito) correspondente ao marcador de um jogo, veja-se:

Podemos distinguir um jogo normal de um jogo de <<discricionariedade do marcador>> simplesmente porque a regra de pontuação, embora tenha,

como outras regras, a sua área de textura aberta em que o marcador deve exercer uma escolha, possui contudo um núcleo de significado estabelecido. **É deste núcleo que o marcador não é livre de afastar-se e que, enquanto se mantém, constitui um padrão de pontuação correcta e incorrecta, quer para o jogador, ao fazer as suas declarações não-oficiais quanto ao resultado, quer para o marcador nas suas determinações oficiais.** É isto que torna verdadeiro dizer que as determinações do marcador não são infalíveis, embora sejam definitivas. O mesmo é verdade quanto ao direito. (HART, 2001, p. 157-158) (grifos nossos)

Esse espaço facultado pela textura aberta não consiste numa autorização para criação livre de direito pelo juiz, visto que a atuação jurisdicional está adstrita aos limites consubstanciados na própria norma de textura aberta, que, através de sua redação, delimita, em regra, o alcance dessa abertura para a atuação jurisdicional.

É sabido, também, que a obediência às regras não exclui a possibilidade de erro não-intencional pelo interprete, já que se trata de um aplicador do direito, que é um ser humano, e, portanto, suscetível de erros.

Nesse sentido:

Deve prever-se uma forma de correcção das suas decisões através de um recurso para uma autoridade superior: mas tal acaba necessariamente numa decisão definitiva, dotada de autoridade, a qual será proferida por seres humanos falíveis e por isso trará consigo o mesmo risco de erro não-intencional, de abuso ou violação. É impossível criar regras para a correcção de toda e qualquer regra. (HART, 2001, p. 156)

Continuando o raciocínio acerca da atividade jurisdicional, o supracitado autor expõe, de forma clara e precisa, sua visão sobre a atividade jurisdicional no âmbito dos sistemas consubstanciados nas Constituições modernas, que tem como influência histórica a Constituição dos Estados Unidos da América, evidenciando a necessidade da observância, em sede de atuação jurisdicional, dos padrões previamente estabelecidos pelo legislador em suas normas, por mais aberta que sua textura possa ser.

Desse modo, o jurista inglês conclui:

Em qualquer momento dado, os juízes, mesmo os do supremo tribunal, são partes de um sistema cujas regras são suficientemente determinadas na parte central para fornecer padrões de decisão judicial correcta. Estes padrões são considerados pelos tribunais como algo que não pode ser desrespeitado livremente por eles no exercício da autoridade para proferir essas decisões, que não podem ser contestadas dentro do sistema.

Qualquer juiz em concreto, quando toma posse do seu cargo, como qualquer marcador quando inicia as suas funções, encontra uma regra, por exemplo a que dispõe que os actos promulgados pela Rainha no Parlamento são direito, estabelecida como uma tradição e aceite como padrão de conduta daquele cargo. Esta regra circunscreve, ao mesmo tempo que permite, a actividade criadora dos seus titulares. Tais padrões não poderiam na verdade continuar a existir, a menos que a maior parte dos juizes da época aderissem a eles, porque a sua existência em dada época consiste simplesmente na aceitação e no uso deles como padrões de julgamento correcto. Mas isto não transforma o juiz que os utiliza em autor desses padrões ou, segundo a linguagem de Hoadly, no <<legislador>> competente para decidir como lhe aprouver. **A adesão do juiz é exigida para manter os padrões, mas o juiz não os cria.** (HART, 2001, p. 159) (grifos nossos)

Para fins de ilustração, pode-se configurar como tradição jurisdicional, como padrão no sentido empregado pelo supracitado autor, o respeito à Separação dos Poderes da República, que no caso brasileiro, recebe tratamento diferenciado na Carta Magna, que pugna pela coexistência pacífica entre os Poderes, estabelecendo como se dará a relação entre eles, tanto de cooperação quanto de controle.

A expressão desse padrão de respeito mútuo entre os Poderes tem respaldo na atual Constituição brasileira, sendo vedada a tentativa de abolição desse preceito, veja-se:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

III – a separação dos Poderes;

Cumpra salientar que o objetivo da composição federativa é separar as funções estatais decorrentes do exercício uno do poder do Estado, sendo este apenas um, com suas funções fragmentadas entre os Poderes Legislativo, Executivo e Judiciário (CUNHA JUNIOR, 2010, p. 515-516).

3.2 RONALD DWORKIN

Notório filósofo e jurista americano, Dworkin (2002) é um dos críticos ferrenhos ao positivismo jurídico, em especial à teoria positivista de Hart, e tem, como constante

em sua obra, a avaliação de que o positivismo, entendido como um sistema de regras previamente estabelecidas, é incapaz de abranger e solucionar toda a realidade social, que se transforma no decorrer do tempo, a uma velocidade inatingível pela evolução lenta e gradual do sistema de regras (positivismo).

Diante dessa incapacidade da legislação de abranger toda a realidade social, Dworkin (2002) elucida que o momento de inefetividade, de falência do assim concebido sistema de regras ocorre quando se está diante de casos difíceis ou “hard cases”, em que a mera previsão legislativa não é suficiente para atender às peculiaridades do caso, necessitando, assim, para a solução do problema, preservar o poder discricionário da autoridade competente, ou seja, do Juiz, para que as limitações do sistema não o impeçam de satisfazer aqueles que necessitam do Poder Judiciário para dirimir seus conflitos ou para conferir direitos.

A contraposição entre Hart, já tratado no presente trabalho, e Dworkin é bem-vinda, já que ela traduz, de forma mais específica, o atual movimento de “superação” do direito vigente promovido pelo constitucionalismo contemporâneo, com forte influência no Tribunal Constitucional brasileiro.

A escolha do jurista americano para fazer o contraponto à teoria positivista se deu com base no que o próprio autor afirma, em sua obra “Levando os Direitos a Sério”, na qual ele lança um “ataque geral” ao positivismo, criticando, de forma específica, a teoria de Hart para que, através das conclusões de suas críticas, ele possa evidenciar o que a sua própria teoria pretende dizer (DWORKIN, 2002, p. 35).

3.2.1 O poder discricionário

Dworkin (2002) promove o estudo do poder discricionário estabelecendo que este poder pode ser entendido em dois sentidos: fraco e forte. Essa primeira distinção, que antecede a sua análise do tema, tem sua razão de ser para se que possa, à luz dessa construção, definir em que sentido os positivistas empregam o poder discricionário em sua teoria, correlacionando as regras com a liberdade do Juiz no momento do julgamento.

Antes de adentrar na delimitação dos sentidos do poder discricionário, Dworkin (2002) se permite efetuar algumas ressalvas acerca da relatividade do conceito de poder discricionário. O jurista afirma que a delimitação do sentido do poder discricionário depende do contexto em que ele está inserido, veja-se:

Tal como o espaço vazio no centro de uma rosca, o poder discricionário não existe a não ser como um espaço vazio, circundado por uma faixa de restrições. Trata-se, portanto, de um conceito relativo. Sempre faz sentido perguntar: “poder discricionário de acordo com que padrões?” ou “poder discricionário com relação a qual autoridade?”. Em geral, a resposta será dada pelo contexto, mas em alguns casos uma autoridade pode ter poder discricionário de um ponto de vista, mas não de outro. Como quase todos os termos, o significado exato de “poder discricionário” é afetado pelas características do contexto. (DWORKIN, 2002, p. 51)

A partir dessa ressalva, o referido autor procede à explicação dos sentidos do poder discricionário e concebe três possibilidades de sentido para o referido poder: duas no sentido fraco e uma no sentido forte.

O poder discricionário, em seu primeiro sentido fraco, consiste na necessidade da preservação da capacidade de julgar do aplicador de determinado sistema de regras para garantir a efetividade do próprio sistema, já que o sistema não é autoaplicável, não pode satisfazer o caso concreto que está diante de si de forma mecânica. Neste caso, quem exerce o poder discricionário tem autorização para exercê-lo conferida pela regra que irá reger o caso e, do mesmo modo, é vinculado, no exercício de seu poder, aos padrões previstos na mesma regra que lhe conferiu o referido poder.

O segundo sentido fraco do poder discricionário diz respeito à competência de cada funcionário público para tomada de decisões. A conclusão que se tira dessa definição é que, numa hierarquia de servidores, inevitavelmente o funcionário ou colegiado de funcionários do mais alto escalão terá a prerrogativa de definir o tema em análise, proferindo uma última decisão, em última instância, a salvo de cancelamento ou revisão da decisão por outro funcionário.

O poder discricionário, em seu sentido forte, consiste naquele dotado de autonomia em relação aos padrões, é aquele em que a autoridade se encontra livre de influências jurídicas para decidir o caso e normalmente é exercido quando o sistema de regras, com seus padrões positivados, se mostra insuficiente para reger o caso concreto ou quando, de fato, o ordenamento confere esse poder à autoridade que poderá exercê-lo (DWORKIN, 2002, p. 51-53).

Mesmo demonstrando a autonomia do sentido forte do poder discricionário em seu conceito, Dworkin (2002) faz uma singela e importante limitação, veja-se:

O poder discricionário de um funcionário não significa que ele esteja livre para decidir sem recorrer a padrões de bom senso e equidade, mas apenas que sua decisão não é controlada por um padrão formulado pela autoridade particular que temos em mente quando colocamos a questão do poder discricionário (DWORKIN, 2002, p. 53)

O que se infere dessa limitação é que a pessoa que exerce o poder discricionário, neste último sentido, pode ser criticada pelas suas escolhas, principalmente se de quem critica vem a acusação de que a decisão não está em conformidade como o “bom senso” ou com um juízo de “equidade”. Todavia, o fato da decisão ser criticada não implica na perda de sua legitimidade, já que somente a autoridade incumbida do poder discricionário estava autorizada a decidir (DWORKIN, 2002, p. 54).

3.2.2 O poder discricionário na teoria positivista

Após formular a sua conceituação de poder discricionário, delimitando os sentidos que ele pode ter, Dworkin (2002) passa ao estudo do poder discricionário inserido na teoria positivista e, mais uma vez, utiliza a estrutura e os conceitos delineados por Hart em sua teoria.

Para o jurista americano, a teoria positivista não concebe a existência do poder discricionário na atuação do juiz que tem, à sua disposição, regra que pode, sem nenhuma dificuldade, reger o caso de forma clara, direta. Este tipo de regra é chamado, na teoria de Hart, de regra primária, ou seja, aquela que traduz, de imediato, uma obrigação particular para o caso, sem necessitar que o juiz recorra a outros padrões que não estejam nela previstos.

Para fins ilustrativos, pode-se dizer que uma regra penal, restritiva de direitos, é uma regra primária, já que não suscita dúvidas no momento de sua aplicação, quando, taxativamente, demonstra ao aplicador do direito o que é proibido e o que é permitido (DWORKIN, 2002, p. 31).

Quando se está diante de uma regra com textura aberta, ou seja, uma regra que carrega uma indeterminação capaz de promover um campo de atuação do juiz, no

que concerne à escolha dos padrões jurídicos que a própria regra oferece, a sua aplicação se dá mediante o exercício do poder discricionário do juiz, em seu primeiro sentido fraco, que permite somente um juízo circunscrito àqueles padrões jurídicos.

Sobre o tema:

Os positivistas não atribuem esse sentido à sua doutrina, pois afirmam que um juiz **não tem poder discricionário quando uma regra clara e estabelecida está disponível**. Se atentarmos para os argumentos dos positivistas em favor de sua doutrina, teremos razões para suspeitar que eles empregam “poder discricionário” no primeiro sentido fraco, apenas para dizer que, às vezes, os juízes devem formar seu próprio juízo a aplicar padrões jurídicos. Seus argumentos chamam atenção para o fato de que algumas regras do direito são vagas (o professor Hart, por exemplo, diz que todas as regras de direito têm uma “textura aberta”) (grifos nossos) (DWORKIN, 2002, p. 54).

Segundo o autor, é possível vislumbrar outro sentido de poder discricionário na teoria positivista, que é exercido quando o juiz, no momento da resolução do caso concreto, não consegue solucioná-lo somente com as regras que o sistema prevê. Neste caso, a solução é encontrada mediante o exercício do poder discricionário, pelo juiz, em seu sentido forte.

Veja-se:

Portanto, parece que os positivistas, pelo menos algumas vezes, entendem a sua doutrina no terceiro sentido, o sentido forte do poder discricionário. [...] É mesmo que dizer que, quando um juiz esgota as regras à sua disposição, ele possui o poder discricionário, no sentido de que ele não está obrigado por quaisquer padrões derivados da autoridade da lei (DWORKIN, 2002, p. 55).

Desse modo, quando há o esgotamento das regras estabelecidas para a resolução do caso em análise, o juiz busca, normalmente, solucioná-lo com base em princípios, que podem ser enxergados de várias formas, a depender do status que a teoria do direito confere.

3.2.3 O relevante papel dos princípios no exercício do poder discricionário em seu sentido forte

Dworkin (2002) perpassa toda a sua análise da teoria positivista com o foco na regra (principal fonte geradora de obrigações jurídicas) sem deixar de demonstrar a importância e a premente necessidade de relacionar os princípios ao conceito de direito, diante, principalmente, da falibilidade do sistema de regras na resolução de casos difíceis.

No início de sua análise, Dworkin deixa transparecer que não é exclusividade da regra a possibilidade de estipular obrigações jurídicas para a resolução de determinado caso, veja-se:

Uma análise do conceito de obrigação jurídica deve, portanto, dar conta do importante papel desempenhado pelos princípios na formulação de decisões jurídicas específicas (DWORKIN, 2002, p. 46).

Destacando a importância de promover esta distinção, o autor concebe duas orientações diversas no momento de relacionar as regras e os princípios, sendo que a adoção de determinada orientação tem consequência em toda a compreensão da organização de um ordenamento jurídico.

A primeira orientação concebida pelo autor é aquela que nivela regras e princípios num mesmo patamar, concluindo pela possibilidade de princípios serem obrigatórios, assim como a lei, podendo extrair deles obrigações jurídicas com capacidade para reger um caso concreto. Esta orientação reconhece que, assim como as regras, os princípios também integram o Direito.

A segunda orientação consiste em dizer que princípios diferem de regras porque não detêm a obrigatoriedade inerente a uma regra jurídica, não sendo propriamente componentes do Direito que possam resultar em obrigações jurídicas particulares (DWORKIN, 2002, p. 47).

A partir do sentido da segunda orientação, pode-se extrair o significado classicamente empregado à obrigação jurídica:

Dizer que alguém tem uma “obrigação jurídica” é dizer que seu caso se enquadra em uma regra jurídica válida que exige que ele faça ou se abstenha de fazer alguma coisa. [...] Na ausência de uma tal regra jurídica válida não existe obrigação jurídica; segue-se que quando o juiz decide uma

matéria controversa exercendo sua discricção, ele não está fazendo valer um direito jurídico correspondente a essa matéria (DWORKIN, 2002, p. 28)

Entretanto, quando se leva em consideração a primeira orientação dos princípios combinada com o exercício do poder discricionário pelo juiz, em seu sentido forte, é possível vislumbrar o papel transformador dos princípios sobre as regras previamente estabelecidas num dado sistema.

Nesse sentido, Dworkin (2002, p. 59-60) promove a reflexão:

Quando, então, um juiz tem permissão para mudar uma regra em vigor? Os princípios aparecem na resposta de duas maneiras distintas. Na primeira delas, é necessário, embora não suficiente, que o juiz considere que a mudança favorecerá algum princípio; dessa maneira o princípio justifica a modificação.

A ressalva que o autor faz, no sentido de que não basta o favorecimento de algum princípio para se legitimar a mudança do direito em vigor, existe pelo fato de haver forte oposição de princípios conservadores que pugnam pelo não abandono do direito posto, com o objetivo de vincular o Tribunal:

Consideremos, portanto, o que fica implícito quando alguém diz que uma determinada regra é obrigatória. Ele pode sugerir que a regra é sustentada de maneira afirmativa por princípios que o tribunal não tem liberdade de desconsiderar e que, tomados coletivamente, são mais importantes do que outros princípios que contêm razões em favor de uma mudança. E se não for esse o caso, ele pode sugerir que qualquer mudança é condenada por uma combinação de princípios conservadores, tais como o da supremacia do Poder Legislativo e do precedente, princípios que o tribunal não tem liberdade de ignorar (DWORKIN, 2002, p. 61)

Entretanto, a depender do juízo que se faça sobre os princípios que envolvem o caso, aliado ao poder discricionário em seu sentido forte, o juiz pode entender por promover a referida mudança:

De qualquer modo, se um jurista pensa o direito como um sistema de regras e ainda assim reconhece, como deve, que os juízes mudam regras antigas e introduzem novas, ele chegará naturalmente à teoria do poder discricionário judicial no sentido forte do termo (DWORKIN, 2002, p. 62)

Desse modo, a utilização dos princípios nessa orientação seria capaz de solucionar os casos difíceis que o sistema de regras do positivismo não consegue solucionar. Diante da relutância do positivismo em assimilar esses conceitos que promovem

uma maior abertura na aplicação do direito e, portanto, uma dilatação de sua abrangência, Dworkin (2002, p. 71-72) conclui que:

Nos termos de sua própria tese, o positivismo não chega a enfrentar esses casos difíceis e enigmáticos que nos levam à procura de teorias do direito. Quando lemos esses casos, o positivismo nos remete a uma teoria do poder discricionário que não leva a lugar algum e nada nos diz. Sua representação do direito como um sistema de regras tem exercido um domínio tenaz sobre nossa imaginação, talvez graças a sua própria simplicidade. **Se nos livrarmos desse modelo de regras, poderemos ser capazes de construir um modelo mais fiel à complexidade e sofisticação de nossas próprias práticas (grifos nossos).**

Com essa conclusão, Dworkin encerra um dos capítulos destinados à compreensão e detalhamento do positivismo em sua obra, evidenciando a necessidade de “superação” desse modelo de regras.

4. SENTENÇA ADITIVA E O CONSTITUCIONALISMO ITALIANO

4.1 COMENTÁRIOS À CONSTITUIÇÃO ITALIANA DE 1947

Após o fim da Segunda Guerra Mundial, a Itália passou por um processo de redemocratização, visando se afastar do seu passado autoritário, consolidando, assim, a Constituição Italiana de 1947, que estabeleceu a democracia no país.

A nova Constituição cidadã afastou-se do autoritarismo fascista que assolou o país durante o período de guerra ao instituir, como forma de governo, a democracia, logo em seu art. 1º.

Com o desiderato de concretizar o processo democrático, a nova carta constitucional positivou valores essenciais que, quando respeitados, asseguram a convivência pacífica de seus cidadãos num ambiente verdadeiramente democrático (CAMPOS, 2014, p. 113).

São eles:

[...] o reconhecimento dos direitos invioláveis do homem (artigo 2º); da igual dignidade social de todos (artigo 3º); do dever do Estado em promover as condições econômicas e sociais necessárias para o pleno desenvolvimento do homem e a participação de todos os trabalhadores na organização política, social e econômica do país (artigo 3º, § 2º); das liberdades clássicas (artigos 13 a 28); das liberdades políticas (artigos 48 a 51); dos direitos sociais (artigos 29 a 34), etc. Para o controle de constitucionalidade das leis, a Carta previu a Corte Constitucional (artigo 134) (CAMPOS, 2014, p. 113)

Da análise desses valores consubstanciados na Carta Magna de 1947, infere-se que a referida Constituição italiana está repleta de normas programáticas, que necessitam de consonância valorativa entre norma constitucional e norma infraconstitucional para que se possa ter um mínimo de efetividade. Exatamente neste ponto, houve um conflito entre as duas referidas espécies de normas, já que o direito infraconstitucional italiano não seguiu, de imediato, a guinada valorativa da nova Constituição cidadã, preservando, em muito, os valores datados do momento de autoritarismo e exceção na vida constitucional italiana.

Este problema de compatibilidade passou a ser enfrentado, pela Corte Constitucional italiana, após a sua instituição. Antes disso, os responsáveis pela análise constitucional das leis (magistratura comum e Corte de Cassação) adotavam postura negativa perante o controle de constitucionalidade dessas normas em desacordo com os valores constitucionais programáticos instituídos.

Nesse sentido, Campos (2014, p. 114) elucida:

Com efeito, a legislação herdada do regime fascista era um entrave para a concretização dos direitos fundamentais na Itália pós-II Guerra e isso piorava à medida que o Parlamento permanecia inadimplente no dever político de reformar a legislação pré-constitucional, deixando intactas as velhas leis autoritárias incompatíveis com a nova Constituição. Diante desse quadro legislativo contraditório de inércia parlamentar persistente, havia a necessidade de atuação judicial de largo impacto, que removesse os obstáculos histórico-políticos à concretude constitucional, tarefa que coube, até a instalação da Corte Constitucional, à magistratura comum, de forma difusa, e à Corte de Cassação em última instância. Porém, a atuação de muito desses juízes e, particularmente, da Corte de Cassação foi limitada, “em geral negativa”, na verdade, frustrante.

A mudança nesse quadro institucional e, também, na visão acerca do controle de constitucionalidade dessas normas dissonantes entre si veio, a partir de 1956, com a instalação da Corte Constitucional italiana. A primeira medida a ser tomada pelos juízes da corte máxima foi a pacificação do entendimento de que é competência exclusiva da Corte Constitucional a execução do controle de constitucionalidade das leis, afastando, assim, a atuação da Corte de Cassação dessa seara, em virtude de sua postura conservadora, tida como imobilista.

A nova Corte entendeu, também, pela eficácia imediata das normas programáticas consubstanciadas na Constituição vigente, mas, mesmo centralizando o poder jurisdicional de controle em seu âmbito de atuação, encontrou um forte obstáculo para a efetivação das normas constitucionais em conjunto com as normas infraconstitucionais: o Parlamento (CAMPOS, 2014, p. 116).

Nesse sentido, diante da premente necessidade de atualização das normas infraconstitucionais e da não cooperação do Parlamento, com sua visão conservadora e mantenedora do *status quo*, a Corte Constitucional acabou por desenvolver uma construção jurisprudencial que pudesse reformar o direito vigente, sem depender da atuação do Poder Legislativo.

Veja-se:

Com esta nova orientação e a permanente omissão do Parlamento, a Corte assumiu um papel *político-reformista* e **substituiu o legislador** na modernização e na democratização do ordenamento jurídico italiano. Para tanto, a Corte desenvolveu um **arsenal de sentenças não ortodoxas** que se tornou o traço distintivo de sua **jurisprudência ativista**. Para adequar o velho ao novo, o autoritário ao democrático, o juiz constitucional italiano, muitas vezes, extrapolou a função de revelar *o que dizem* as disposições normativas para manipular os sentidos das leis, adicionando novos significados normativos ou substituindo os já existentes. Sobre essas sentenças não ortodoxas, a dogmática constitucional tem desenvolvido uma tipologia muito influente: as chamadas **sentenças manipulativas** (CAMPOS, 2014, p. 117).

A doutrina, ao se debruçar sobre a construção jurisprudencial acerca das sentenças manipulativas, classificou estas como um gênero que se desdobra em três espécies: sentenças interpretativas de acolhimento parcial ou redutiva; sentenças aditivas; e sentenças substitutivas.

A primeira espécie de sentença manipulativa, a sentença interpretativa de acolhimento parcial ou redutiva, consiste naquela decisão que promove a nulidade de determinado excerto do conteúdo normativo da norma sem alterar, no que concerne ao âmbito formal, seu texto legal. Esse tipo de decisão tem o condão de influenciar no significado da lei, que será definido pelo Juiz na sua tarefa de interpretar a legislação conforme à Constituição, sem alterar uma linha sequer da escrita legislativa.

A terceira espécie de sentença manipulativa, a sentença substitutiva, consiste na declaração de nulidade total da disposição impugnada, promovendo a extirpação do conteúdo originário do ordenamento jurídico, e, a partir disso, a Corte reconstrói a mesma disposição com conteúdo diferente daquele que fora declarado nulo, agora, em consonância, segundo seu juízo, com os princípios constitucionais (CAMPOS, 2014, p. 118).

4.2 SENTENÇA ADITIVA

4.2.1 Conceito, correlação com ativismo judicial e interpretação conforme à Constituição

Segundo Georges Abboud (2009, p.164-165), as sentenças aditivas são aquelas em que se reconhece a ilegitimidade de uma disposição legislativa, porque esta não contém determinada norma e, por isso, não estaria em conformidade com a Constituição. Nessa esteira de pensamento, a falta da norma que daria conformidade constitucional à disposição legislativa não é considerada uma opção do legislador, mas uma omissão, ensejando um reconhecimento de inconstitucionalidade por causa dessa omissão nas sentenças aditivas.

Na mesma toada, Campos (2014, p. 118) elabora seu conceito, veja-se:

Porém, é a segunda espécie, a das **sentenças aditivas** que nos interessa mais de perto. Por meio dessas, a Corte reconhece a inconstitucionalidade da lei *na parte em que não prevê* algo que deveria prever e supre a lacuna adicionando o significado normativo faltante. Como disse Augusto Cerri, “ a decisão aditiva pressupõe uma ‘lacuna axiológica’”, de modo que a declaração de inconstitucionalidade da omissão legislativa deve ser lógica e estruturalmente ligada à superação do estado omissivo. A sentença aditiva *fala* onde a lei se *cala* e essa prática integrativa é uma manifestação de ativismo judicial.

Diante desses conceitos, conclui-se que a sentença aditiva é uma manifestação do ativismo judicial, na medida em que tem o condão de alterar o direito vigente, através da inserção de valores, promovendo uma criação de direito pelo Judiciário, o que acaba por atribuir para este Poder a característica clássica atribuída ao Poder Legislativo, pelos desenhos republicanos modernos, de legislar.

Entretanto, a prática ativista não pode ser considerada como uma regra na história do Direito, mas, sim, uma exceção. Somente a partir das Constituições modernas, principalmente aquelas subsequentes às duas Grandes Guerras, com a positivação acelerada de constelações de direitos, individuais e coletivos, é que a prática ativista começou a ser pensada, para promover a total efetividade dos direitos previstos, sem recorrer a um demorado e complexo diálogo com o Parlamento, que, por

motivos diversos, tem a legitimidade de optar por uma postura conservadora ou progressista, dentro de seu âmbito de atuação.

No Brasil, a análise do ativismo judicial se revela uma tarefa complexa, já que o país teve, ao longo de sua história, diversas Constituições, que, cada uma a seu modo, ora restringiam a atuação da Suprema Corte, ora concediam um maior âmbito de atuação.

O intérprete tem como objetivo traduzir o verdadeiro sentido da letra da lei, a sua mais profunda essência. No que concerne à interpretação das normas constitucionais, o desafio existente é conferir aplicabilidade a todas as normas constitucionais diante dos possíveis conflitos entre bens e direitos constitucionalmente protegidos. Daí que se atribui à hermenêutica constitucional a importante tarefa de elaborar técnicas de interpretação capazes de conectar o que está previsto na norma jurídica às situações de fato, através de um exercício de subsunção (MORAES, 2010, p. 14).

Ao iniciar o processo interpretativo das normas, o juiz constitucional deve estar atento a alguns princípios norteadores que objetivam preservar o texto constitucional e dar maior efetividade às suas disposições.

Temos como exemplos os princípios da *unidade da constituição*, o qual defende que a interpretação constitucional não deve contribuir ou resultar em contradição entre as normas constitucionais; do *efeito integrador*, preocupado com a manutenção da unidade político-social na resolução de eventuais problemas jurídico-constitucionais; da *máxima efetividade ou da eficiência*, que objetiva atribuir o máximo de eficácia à norma constitucional no momento de fixação de seu sentido pelo intérprete; da *justeza ou da conformidade funcional*, preocupado em preservar o desenho sistêmico elaborado pelo legislador constituinte originário, evitando que o arbítrio judicial o altere ou perturbe; da *concordância prática ou da harmonização*, que objetiva preservar ao máximo os bens jurídicos, quando em conflito, para inibir a supressão total de um em detrimento de outro; e, por fim, da *força normativa da constituição*, que visa aplicar a interpretação que permita maior eficácia, aplicabilidade das normas constitucionais e promova a sua permanência no ordenamento jurídico, dentre as interpretações possíveis (MORAES, 2010, p. 16).

A partir desta constelação de princípios, algumas regras de interpretação são propostas pela doutrina para dirimir eventuais conflitos e assegurar a finalidade das normas, vedando qualquer interpretação que não atenda ao fim precípua da norma examinada. No caso de contradição entre princípios, por exemplo, a solução reside na diminuição proporcional do alcance de um deles em favor do outro ou, em alguns casos, a preferência de um deles para incidir no caso concreto. Além disso, os preceitos constitucionais devem ser interpretados tanto explicitamente quanto implicitamente para ser possível retirar deles seu genuíno significado.

O julgador, portanto, fica vinculado a buscar a melhor interpretação que atenda à tutela dos direitos fundamentais, visando empregar maior aplicabilidade aos direitos e garantias constitucionais, preservando, assim, as liberdades públicas consubstanciadas na Carta Magna (MORAES, 2010, p. 16).

O pressuposto básico de uma atuação ativista é o convencimento, pelo intérprete, de que o Poder Judiciário deve, sim, tornar-se protagonista. E, no caso de controle constitucional das normas, a interpretação conforme à Constituição revelou-se importante mecanismo que possibilita o ativismo judicial.

Esse importante mecanismo de interpretação vem sendo utilizado, nos Tribunais brasileiros, como um instrumento de correção/alteração da lei, sem o devido respeito aos limites traçados pela doutrina para a sua aplicação. Em momento oportuno, neste trabalho, serão demonstradas as diferentes visões sobre a aplicação do referido instituto quando forem analisados os votos mais importantes dos ministros do STF e o posicionamento do Ministério Público Federal no julgamento da ADPF nº 54.

Por hora, importa elucidar como a doutrina tradicional trata a interpretação conforme à Constituição e quais limites à aplicação do instituto ela concebe.

A interpretação conforme à Constituição surge como instrumento garantidor da supremacia das normas constitucionais quanto ao disposto na legislação infraconstitucional, não efetuando necessariamente uma substituição da legislação infra, mas a adequação do seu sentido à Constituição vigente, para evitar a sua declaração de inconstitucionalidade que promoveria a extirpação da norma do ordenamento jurídico. Importa salientar que não é qualquer norma que pode ser objeto da interpretação conforme, mas somente aquelas que apresentem vários

significados, sendo alguns deles compatíveis com a Lei Maior, que serão preferidos àqueles que não são. Nesse sentido, a interpretação conforme efetuada em norma que apresente único sentido possível, ou seja, que tenha sentido unívoco, é vedada pela doutrina tradicional, visto que, neste caso, o intérprete estaria atuando como legislador positivo ao estabelecer algo que o legislador originário nunca previu. Assim, caberá ao intérprete tão somente declarar a inconstitucionalidade do preceito normativo incompatível com a Constituição. Posicionamento este constante da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na década de 90, vide o disposto na Adin 1.344-1/ES de relatoria do então ministro Moreira Alves, quando o STF ainda detinha uma postura de legislador negativo, ou seja, verdadeiro contralegislador, no âmbito do controle de constitucionalidade (MORAES, 2010, p.17).

A interpretação conforme pode ocorrer com redução do texto ou sem redução do texto interpretado, conferindo ou excluindo determinado sentido à norma, neste último caso.

Ocorre a redução do texto quando o resultado da interpretação conforme é a declaração de inconstitucionalidade de determinada expressão do texto impugnado para que seja possível interpretá-lo de acordo com o texto magno. No caso da interpretação conforme sem redução de texto, há duas hipóteses: conferir à norma objeto de análise interpretação que preserve sua constitucionalidade ou excluir da norma interpretação que a tornaria inconstitucional. Na primeira hipótese, parte do texto impugnado é reputada como inconstitucional, mas ele não permite nenhuma supressão em sua redação, sendo necessária, assim, a execução da interpretação conforme à Constituição para fixar o sentido em conformidade com a Lei Suprema, suspendendo a eficácia da parte inconstitucional. Na segunda hipótese, ocorre a restrição do alcance da norma, na medida em que o Tribunal declara que determinada interpretação possível da norma em análise é inconstitucional (MORAES, 2010, p. 18-19).

No âmbito do direito italiano, berço jurídico da sentença aditiva, encontra-se com facilidade posicionamentos mais progressistas em relação à interpretação conforme que relativizam os limites delineados pela doutrina tradicional para o instituto.

Em artigo científico publicado em 2014, Giusi Sorrenti, jurista italiano, explica com bastante precisão a nova perspectiva constitucional desenhada no pós-guerra no

continente europeu que vem ganhando destaque no meio jurídico internacional, influenciando diversas nações, inclusive o Brasil.

Sorrenti propõe a superação do direito vinculado estritamente à lei, defendendo a atuação positiva das Cortes Constitucionais através de seus processos interpretativos.

De acordo com o jurista, o modelo positivista tem como protagonista a lei ao invés do intérprete, veja-se:

La coherencia, a su vez, refuerza la certeza: el positivista pretende que para cada caso haya una y nada más que una regla. De ahí el corolario de la coherencia y por lo tanto de la eliminación de las antinomias –que son situaciones en las que hay una norma de más– y considerándolo bien, también el otro corolario del sistema que pretende el iuspositivismo: lo completo, o sea, la ausencia de lagunas –que son situaciones en las que hay una norma de menos–. **El fin último es el de no confiar al juez operaciones inciertas, discrecionales, para salvaguardar y hacer efectiva la primacía absoluta de la ley, que constituye el dogma fundamental de las teorías iuspositivistas** (SORRENTI, 2014, p. 9) (grifos nossos)

Como visto, o fim precípua da perspectiva positivista é evitar atuações discricionárias, incertas, dos juízes, porque a primazia dada pelo sistema é à lei, sendo também um objetivo a busca pela completude do ordenamento jurídico, a fim de se evitar lacunas normativas que obriguem os juízes a inovar na ordem jurídica, em virtude da falha do sistema.

Sorrenti também refuta a idéia de que o intérprete seja uma “tabula rasa”, que a sua subjetividade não influencie sua análise do caso concreto. Entretanto, ele não defende que as decisões judiciais sejam somente baseadas em convicções pessoais, em puro subjetivismo. A carga moral do intérprete de fato influencia sua percepção do caso concreto, mas isso denota uma construção jurídico-cultural que se projeta na posição de cada intérprete diante dos princípios fundantes do ordenamento jurídico em que ele está inserido.

Nesse sentido, esclarece:

H. Gadamer refuta, en los años '60, el mito de la tabula rasa, que sería la mente del observador, y por tanto del intérprete, ante el texto jurídico. Ésta está por contra impregnada, permeada de categorías de sentido y de valor, de las que emana una expectativa de respuesta adecuada que se proyecta sobre el caso a entender y sobre el dato normativo a interpretar. Tales categorías, a su vez, no se han de entender subjetivamente, como preferencias personales, sino como coordinadas culturales, o mejor

jurídico-culturales del ordenamiento en el que opera el intérprete: en primer lugar, los principios apicales del ordenamiento, que contribuyen a constituir, en cierto sentido, la forma mentis del jurista (SORRENTI, 2014, p. 7)

A proposta constitucional contemporânea consiste, portanto, na reestruturação dos meios interpretativos, ampliando de tal maneira seu alcance que a legislação infraconstitucional, diante de sua limitação, não impossibilite a satisfação imediata dos direitos constitucionais previstos no texto máximo, dando menos importância à aceção clássica dos meios interpretativos baseada na mera subsunção do fato à norma, e dos processos dedutivos, silogísticos.

Veja-se:

En definitiva, podemos concluir que se produce una drástica reestructuración del modelo rigurosamente deductivo de la interpretación, basado tradicionalmente en las clásicas operaciones de la subsunción y del silogismo, crisis que no concierne sólo a la penumbra – individuada por Hart – que envuelve las áreas de settled meaning de cada norma, sino que atañe a cada momento de la aplicación, por tanto, no sólo de aquella que concierne a casos inciertos. (SORRENTI, 2014, p. 8)

Esse objetivo somente poderá ser alcançado com o emprego de técnicas interpretativas eficazes com o fim de mitigar o vínculo do intérprete com a norma, desviando o foco do sistema para aquele em detrimento desta. Daí que se revela a importância da interpretação conforme à Constituição em sua aceção progressista, já que, para Giusi Sorrenti (2014, p. 6), “hoy, en correspondencia con la afirmación del deber de interpretación conforme a la Constitución, el órgano constitucional de control tiende a liberarse del vínculo con el derecho viviente”.

Na medida em que se prega a “libertação” das Cortes Constitucionais do vínculo com o direito posto, a reformulação do sistema pretendida se mostra extremamente abrangente, influenciando, inclusive, a mudança da própria concepção do Estado de Direito.

Para o jurista, estamos diante de um processo de transição de um Estado constitucional para um Estado jurisdicional, veja-se:

El Estado constitucional tiende a ser un Estado jurisdiccional, en cuanto se pide directamente a los jueces aseverar los principios constitucionales a través del entramado permitido por la interpretación

de la ley o, a veces, acogiéndose a un uso desenvuelto del dictado legislativo (SORRENTI, 2014, p. 18).

Contudo, reconhece-se que a defesa deste posicionamento implica na fragilização da segurança jurídica, acarretando em certa imprevisibilidade no desfecho dos conflitos jurídicos, visto que o campo interpretativo à disposição do interprete não está mais limitado a aspectos formais decorrentes da própria limitação legislativa. Por outro lado, a tutela dos direitos fundamentais consubstanciados na Lei Maior se torna mais ágil, promovendo relação direta e eficaz entre Constituição e realidade social. Ainda nesse sentido, outro fundamento que corrobora para essa sustentação é que, mesmo no positivismo, onde se pugna pela supremacia da lei, a Constituição recebe tratamento diferenciado, como parâmetro último de validade das leis, prevalecendo sempre em ocasiões de conflito.

Nesse sentido:

El resultado es una pérdida de certeza contra una ganancia en términos de justicia y de inmediatez de la tutela. La certeza garantizada en el Estado de derecho, con el primado de la ley del Parlamento, la rigurosa sujeción del juez a la ley, la firme regla dura lex sed lex, está grabada en los estados constitucionales, donde prevalece la iustitia normata en Constitución: las leyes son siempre precarias porque pueden siempre ser anuladas por la Corte constitucional, los mismos jueces están sujetos antes a la Constitución, además de a la ley (SORRENTI, 2014, p. 18)

Esse momento do constitucionalismo europeu é considerado pelo jurista italiano como invejável porque promove a incidência direta dos princípios constitucionais no ordenamento jurídico, na resolução de casos difíceis, que por vezes promovem grande debate na sociedade. Mesmo não seguindo a ordem natural do sistema ao ampliar abruptamente o poder do juiz em detrimento da lei, isso se mostra necessário para a busca pela Justiça.

Nesse sentido:

Ya no nos vemos forzados a decir con la firme resignación de Goethe: «entre desorden e injusticia prefiero la injusticia» dado que hoy nos encontramos en la envidiable condición de no tener que elegir entre estos dos valores sino que ambos pueden ser satisfechos ya que los principios de justicia inscritos en la Constitución son capaces de

permeiar directamente en el ordenamiento jurídico (SORRENTI, 2014, p. 18).

A possibilidade do Poder Judiciário discordar do conteúdo de uma lei é prevista no ordenamento atual e estruturada através dos sistemas de controle de constitucionalidade, que possibilitam a invalidação do preceito normativo, se considerado inconstitucional. Entretanto, o que se propõe, é a ampliação desse poder, é não se restringir à declaração de invalidade da lei, mas, também, poder adequar a lei à Constituição, mesmo que para isso seja necessário inserir sentidos que o legislador originário não inseriu.

Diante dessa perspectiva do Estado jurisdiccional, surgem novos desdobramentos que o próprio Giusi Sorrenti (2014, p. 18) reconhece, como o enfraquecimento da soberania popular: “sin embargo es cierto que la irrupción de un Estado jurisdiccional, entendido en un sentido marcado y no controlado, pone en crisis las coordenadas de un Estado parlamentario basado en la soberanía popular”.

Mas, mesmo assim, o objetivo de realçar a faceta política do Poder Judiciário continua sendo perseguido pelos doutrinadores que defendem essa nova visão sobre o Direito Constitucional. O que se defende, em última instância, é a compatibilização, a convivência entre as Cortes Constitucionais ativistas e o Parlamento:

Este es el reto de hoy en día: llevar a cabo las condiciones del Estado constitucional sin renunciar del todo a los beneficios que nos garantizaba el Estado legislativo o de derecho. En la búsqueda de un equilibrio entre «judicialismo» y «legalismo» se sitúa el reto que el proceso de cambio del Estado constitucional al Estado de derecho ha lanzado al continente europeo (SORRENTI, 2014, p. 18).

Em essência, a conclusão que se chega é que a utilização da sentença aditiva, espécie de decisão manipulativa, consiste na manifestação pelas Cortes Constitucionais de sua atuação política, ativista, de interferência no Poder Legislativo, que é geralmente efetuada mediante técnicas interpretativas, como a interpretação conforme à Constituição.

4.2.2 Breves anotações sobre a sentença aditiva sob a ótica de Hans Kelsen

Hans Kelsen (2006) defende que o Juiz se baseie somente no Direito posto no momento de sua decisão. Para o referido pensador, quando o juiz analisa a norma jurídica aplicável, através de um ato de conhecimento, o mesmo determina as possíveis soluções cabíveis para a resolução do fato que compõem uma moldura de possibilidades. Sendo assim, cabe ao Juiz escolher uma dessas possibilidades jurídicas de resolução do litígio em apreço, através de um ato de vontade, e decidir com base no que foi escolhido. Kelsen (2006) concebe uma moldura por entender que não se pode extrair de uma norma uma única e correta resolução para um fato, ou seja, não se pode pretender da hermenêutica jurídica uma única interpretação viável e absoluta para qualquer caso.

Nesse sentido, Luiz Guilherme Marinoni (2008, p. 137) assevera que:

Porém, diante da maior subjetividade outorgada ao magistrado para a tutela dos direitos – natural a uma lógica que faz as normas constitucionais preponderarem sobre a legislação – e da impossibilidade de se encontrar uma teoria capaz de sustentar a existência de uma decisão correta para cada caso concreto, é preciso atribuir ao juiz o dever de demonstrar que a sua decisão é a melhor possível mediante uma argumentação fundada em critérios racionais.

A decisão, resultado de atos de conhecimento e vontade, é efetuada por um juízo autêntico, ou seja, por quem é legitimado para dizer o que diz a lei, por órgãos jurisdicionais: órgão monocrático (Juiz) ou órgão colegiado (Tribunal).

Essa visão do Juiz vinculado ao Direito posto, mas com liberdade interpretativa é a essência do pensamento positivista que perpetua no ordenamento jurídico atual. Entretanto, o próprio Kelsen (2006) reconhece a possibilidade da “fuga” do Juiz à moldura no momento de sua decisão e descreve essa possibilidade em sua Teoria Pura do Direito, veja-se:

A propósito importa notar que, pela via da interpretação autêntica, quer dizer, da interpretação de uma norma pelo órgão jurídico que a tem de aplicar, não somente se realiza uma das possibilidades reveladas pela interpretação cognoscitiva da mesma norma, como também se pode produzir uma norma que se situe completamente fora da moldura que a norma a aplicar representa. Através de uma interpretação autêntica deste tipo pode criar-se Direito, não só no caso em que a interpretação tem caráter geral, em que, portanto, existe interpretação autêntica no sentido usual da palavra, mas também no caso em que é produzida uma norma jurídica individual através de um órgão aplicador do Direito, desde que o ato

deste órgão já não possa ser anulado, desde que ele tenha transitado em julgado. É fato bem conhecido que, pela via de uma interpretação autêntica deste tipo, é muitas vezes criado Direito novo – especialmente pelos tribunais de última instância. (KELSEN, 2006, p. 394-395)

Como já visto, esta denominada “fuga” do Juiz à moldura, ao arrepio das doutrinas positivistas clássicas, é constantemente relativizada e, por vezes, considerada essencial para a concreção de Direitos Fundamentais, no Direito Constitucional Contemporâneo. As corriqueiras e atuais posições neoconstitucionalistas, que visam, muitas vezes, “superar” o Positivismo jurídico, enxergam o positivismo jurídico acrítico como defasado e ineficaz para tutelar e concretizar Direitos Fundamentais dos cidadãos previstos na Carta Magna. Aqui reside uma problemática do Direito Contemporâneo a partir do momento em que se relativiza o vínculo do Juiz ao Direito posto: a possibilidade de decisões puramente discricionárias, que podem ter como fundamento a moral, a religião, ou a necessidade imperiosa de atender às demandas sociais, que descrentes de mudanças, pelo Poder Legislativo, recorrem ao Judiciário.

Nesse sentido, Lênio Streck (2009, p. 340) reflete:

Ou seja, em tempos de enfrentamento entre neoconstitucionalismo e positivismos (e os vários positivismos), é de fundamental importância discutir o problema metodológico representado pela tríplice questão que movimenta a teoria jurídica contemporânea em tempos de pós-positivismo: como se *interpreta*, como se *aplica* e se é possível alcançar condições interpretativas capazes de garantir uma *resposta correta* (constitucionalmente adequada), diante da (inexorabilidade da) indeterminabilidade do direito e da crise de efetividade da Constituição, problemática que assume relevância ímpar em países periféricos (que prefiro chamar de “países de modernidade tardia”, em que se destaca o Brasil) em face da profunda crise de paradigmas que atravessa o direito, **a partir de uma dogmática jurídica refém de um positivismo, de um lado, exegético-normativista, e, de outro, fortemente decisionista e arbitrário**, produto de uma mixagem de vários modelos jusfilosóficos, como as teorias voluntaristas, intencionalistas, axiológicas e semânticas, para citar apenas algumas, as quais guardam um traço comum: *o arraigamento no esquema sujeito-objeto. (grifos nossos)*

Daí que não raro se encontrem decisões que enxerguem o Direito posto como insuficiente para se concretizar Direitos Fundamentais e, a partir disso, o preenchem diretamente, com Direito novo, elaborado pelo Juiz que profere a sentença, e inserido no ordenamento jurídico pela sentença proferida, de caráter aditivo (sentença aditiva).

5. UTILIZAÇÃO DA SENTENÇA ADITIVA NA ADPF N.54

5.1 ADPF N° 54

A ADPF em análise teve como objetivo extrair do Supremo Tribunal Federal uma definição sobre a possibilidade de a interrupção de gravidez de feto diagnosticado com anencefalia não ser considerada como aborto, de acordo com o diploma penal brasileiro.

Os argumentos pelo provimento da ação estão delineados no breve relato feito pelo Ministro Ricardo Lewandowsky:

Cuida-se de ação de descumprimento de preceito fundamental ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores da Saúde – CNTS, com o fim de lograr “interpretação conforme a Constituição da disciplina legal dada ao aborto pela legislação penal infraconstitucional, para explicitar que ela não se aplica aos casos de antecipação terapêutica do parto na hipótese de fetos portadores de anencefalia, devidamente certificada por médico habilitado.

A CNTS sustenta, em suma, que a interpretação dos arts. 124, 126 e 128, I e II, do Código Penal, que leva à proibição da antecipação do parto, por motivos terapêuticos, no caso de fetos anencefálicos, viola os preceitos fundamentais abrigados nos arts. 1º, IV (princípio dignidade da pessoa humana), 5º, II (princípios da legalidade e autonomia da vontade humana), 6º, caput, e 196 (direito à saúde), todos da Carta da República. Alega, ainda, que a anencefalia corresponde a uma má-formação fetal, incompatível com a vida extra-uterina, que caracterizaria uma gravidez de risco, constituindo a antecipação do parto a única indicação terapêutica “para o tratamento eficaz da paciente (a gestante) já que para reverter a inviabilidade do feto não há solução”. O feito foi distribuído ao Ministro Marco Aurélio, que deferiu o pedido de liminar requerido pela autora, tendo o Plenário desta Suprema Corte cassado a sua decisão monocrática, por considerá-la satisfativa, em razão da irreversibilidade dos procedimentos médico deles decorrentes.

O parecer do Procurador-Geral da República à época, Claudio Fonteles, foi pela improcedência da ação.

O colegiado da Suprema Corte, por maioria, deu provimento à ADPF no sentido de declarar inconstitucional a interpretação que resulte no enquadramento da interrupção de gravidez de feto anencéfalo como conduta abortiva, de acordo com o código penal. O placar final resultou em 8 votos a 2, pela procedência da ação, tendo sido vencidos somente os ministros Ricardo Lewandowsky e César Peluso.

Entretanto, mesmo dando provimento a ação, o Ministro Gilmar Ferreira Mendes não fundamentou sua decisão no sentido da maioria, pela declaração de

inconstitucionalidade da referida interpretação. Sob influência do Direito Italiano, Gilmar Mendes prolatou sentença aditiva e promoveu a inserção, no código penal, dessa nova modalidade de aborto, reconhecendo, assim, a conduta como abortiva.

Independente da linha de decisão que se siga, ambos os posicionamentos resultam na possibilidade de uma nova modalidade de interrupção da gravidez, seja como antecipação terapêutica do parto ou como aborto de feto anencéfalo.

5.1.1 Entendimentos divergentes entre os Ministros do STF

A análise que se pretende fazer, neste trabalho, das divergências existentes entre os Ministros do STF no caso da ADPF 54 está direcionada a elucidar as posições antagônicas sobre a atuação do STF quando deparado, como no caso, com um pedido de alteração de um diploma legal, demonstrando as implicações constitucionais de uma atuação positiva da Suprema Corte, sem adentrar especificamente na problemática relativa ao aborto de anencéfalo, tema de complexos e delicados debates, que transcendem o âmbito legal, perpassando por importantes e difíceis questões morais e religiosas. A contraposição entre votos aqui pretendida será feita entre os ministros Gilmar Mendes e Ricardo Lewandowski que possuem votos completamente antagônicos e igualmente importantes no julgamento da ADPF 54.

O Ministro Gilmar Mendes, em seu voto, rejeita a pretensão autoral no sentido de considerar fato atípico a interrupção da gravidez de feto anencéfalo, mas aceita o pedido de interpretação evolutiva do Código Penal, que, datado de 1940, é considerado obsoleto, em se tratando do que foi legislado sobre aborto, diante da realidade contemporânea e da própria Constituição Federal de 1988.

Para demonstrar a relevância do argumento de conexão do Direito e da realidade social atual, Gilmar Mendes inicia seu voto destacando que a interpretação constitucional contemporânea precisa estar atentar à realidade que a circunscreve e deve, sempre que possível, consultar a sociedade sobre o tema em que o Judiciário está a se debruçar, para que a qualidade do debate e, conseqüentemente, da decisão que dali irá surgir seja aumentada por virtude das novas informações que a sociedade pode trazer ao Poder julgador. Diante deste espectro, torna-se uma

constante no início do seu voto a defesa do instituto do *amicus curiae* que tem o condão de trazer novas e específicas informações sobre o tema debatido, em sede de processo objetivo, através de entidades diretamente interessadas. Com isso, o Ministro destaca que a interpretação não mais se encerra com somente a participação do legislador, através do direito positivo, e do intérprete. Hoje, portanto, faz-se necessário atender à concepção delineada por Peter Harbele, quando promoveu a ideia de uma sociedade aberta dos interpretes da Constituição.

Dando prosseguimento ao voto, o Ministro executa uma análise de direito comparado sobre as diversas legislações sobre o aborto ao redor do mundo, enfatizando o tratamento dado nos EUA e na Alemanha sobre o assunto, no qual pode se verificar a contraposição de direitos fundamentais de extrema importância, como o direito à vida, verificado na proteção da vida do nascituro, e o direito à autodeterminação da mulher, que é uma expressão da proteção à liberdade do indivíduo. Através desse estudo, fica evidenciado, em seu voto, que mesmo em casos de permissão da conduta abortiva, certos limites são delineados para a sua consecução, como os de caráter temporal, concretizados na delimitação do momento da interrupção de acordo com o número de semanas de gestação, e da necessidade de acompanhamento médico em todo esse processo abortivo.

Nesse aspecto, revela-se a intenção do Ministro em mostrar que existe uma clara defasagem entre as legislações dos países desenvolvidos e a brasileira, que nem sequer trata da possibilidade do aborto de feto anencéfalo devido aos limites tecnológicos do tempo de sua elaboração, na década de 40, na qual não havia uma produção científica consolidada no âmbito da medicina, como hoje há, sobre o assunto.

Voltando à pretensão autoral, que consiste na decisão do STF pela atipicidade do fato (aborto de anencéfalo), interpretação evolutiva do Código Penal e proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana e direito fundamental à saúde, o Ministro intenta pelo acolhimento da pretensão no tocante à promoção da atualização do Código Penal.

Segundo a inicial, a impossibilidade de vida extrauterina do feto anencéfalo configuraria hipótese de atipicidade do fato perante a legislação penal, sendo que a interrupção da gravidez neste caso não configuraria aborto segundo aquele diploma. Entretanto, Gilmar Mendes elucida, através das informações colhidas pela corte

suprema mediante audiências públicas e a oitiva das entidades interessadas, que o feto anencéfalo, ao contrário do defendido na inicial, pode, sim, ter vida após o parto, mesmo tendo uma expectativa baixa de duração. Diante disso, o Ministro conclui que o nascituro que tem a possibilidade de nascer com vida, mesmo breve, detem a proteção jurídica do direito à vida, e a interrupção desta gravidez configuraria aborto.

Veja-se:

É de se registrar que, não fosse a falta de consenso acerca da necessidade de se conferir proteção jurídica ao feto anencéfalo, não estaria o Supremo Tribunal perante julgamento tão delicado. Parece-me, portanto, que afirmar a atipicidade do aborto nesta hipótese é incorreto, ante a evidente proteção jurídica que se confere ao nascituro (e está documentado à exaustão que o feto anencéfalo pode nascer com vida, a qual terá maior ou menor duração, a depender de diversos fatores). Além disso, em uma sociedade heterogênea e que tem por princípio constitucional o pluralismo político, parece-me também inadequado tratar o aborto do feto anencéfalo como fato atípico, pois tal postura afigurar-se-ia até mesmo ofensiva àquela parcela da sociedade que defende a vida e a dignidade desses fetos.

Também compõe fundamento da inicial a alegação da proteção ao princípio da dignidade da pessoa humana e o direito à saúde da mulher como nortes valorativos para a permissão do aborto de anencéfalo. Este argumento se baseia no fato de que a gestação de um feto anencéfalo pode trazer complicações à saúde da gestante e, também, pode comprometer sua higidez psíquica. Diante destas possibilidades, a autora defende que a permissão da interrupção desta gravidez seria, na verdade, a concretização do princípio e direito supracitados.

Ocorre que, para Gilmar Mendes, tal argumentação não prospera em sua integralidade. O Ministro argumenta que o princípio da dignidade da pessoa humana, que em última instância é uma derivação do direito maior à vida, também se estende ao nascituro com vida em potencial, como asseverou o Tribunal Constitucional Alemão ao se defrontar com o tema. Além disso, o enquadramento do tema em análise como questão de saúde pública acaba por ser uma abordagem simplista, reduzida.

Nesse sentido, o Ministro esclarece:

Disso também decorre que não se pode simplesmente tutelar o direito de praticar o aborto dos fetos anencéfalos com base no princípio da dignidade humana (outro fundamento da inicial), visto que, conforme asseverou o Tribunal Constitucional alemão, também o nascituro deve ser protegido por

essa cláusula constitucional. Até mesmo porque o desenvolvimento da vida passa necessariamente pelo estágio fetal.

Penso ser inadequado, portanto, tratar do tema aborto de fetos anencéfalos sobre o prisma da atipicidade do fato, ou da ponderação entre a dignidade humana da mulher em detrimento da do feto. Por outro lado, também não me impressiona o argumento pragmático segundo o qual o aborto deve ser tratado como assunto de saúde pública. Questões capazes de gerar desacordos morais razoáveis em sociedades plurais tornam-se logo assuntos políticos demasiadamente complexos e simbólicos para serem reduzidos a um olhar preponderantemente pragmático.

A interpretação evolutiva do Código Penal consiste no ponto de convergência entre a pretensão autoral e o posicionamento do Ministro Gilmar Mendes. Entretanto, o Ministro não comunga da proposta da autora de como se deve dar essa “evolução”. De um lado, autora pede a interpretação conforme à Constituição dos arts. 126 a 128 do Código Penal para que o aborto de anencéfalo seja considerado fato atípico perante a legislação penal; de outro, o Ministro não concorda que o fato seja atípico e defende a criação de uma nova excludente de ilicitude, ou seja, uma nova possibilidade de aborto, o aborto de anencéfalo, que deve ser inserida no Código Penal através da interpretação conforme à Constituição.

Segundo Gilmar Mendes, a interpretação conforme à Constituição pode eliminar ou fixar sentidos ao texto normativo que se pretende interpretar, desde que o resultado deste exercício interpretativo esteja em conformidade com a Constituição. Ocorre que este exercício conhece limites e esbarra no sentido literal da lei ou na chamada *vontade do legislador*.

A conclusão que se tira é que a interpretação conforme à Constituição acarreta numa modificação do sentido original do texto que se pretende interpretar, seja eliminando ou fixando sentidos.

Veja-se:

A eliminação ou fixação, pelo Tribunal, de determinados sentidos normativos do texto, quase sempre tem o condão de alterar, ainda que minimamente, o sentido normativo original determinado pelo legislador. Por isso, muitas vezes a interpretação conforme levada a efeito pelo Tribunal pode transformar-se numa decisão modificativa dos sentidos originais do texto.

Diante disso, é possível concluir que a interpretação conforme à Constituição consiste, na verdade, num instrumento que, quando utilizado nos moldes defendidos pelo Ministro Gilmar Mendes, pode acarretar numa decisão modificativa, numa decisão que não mais se atenha ao direito posto, mas que crie direito.

Continuando sua linha de raciocínio, o Ministro elucida que as decisões que o STF já tomou no curso da história que acarretaram na execução da interpretação conforme são, muitas vezes, parecidas com a concepção de sentença aditiva delineada pela Corte Constitucional Italiana, já que oferecem a mesma consequência: alteração pela Corte do texto legal impugnado. Aqui, Gilmar Mendes reconhece que a sua decisão pela inserção no ordenamento jurídico brasileiro de uma nova modalidade de aborto através da interpretação conforme à Constituição dada aos artigos que versam sobre o assunto do Código Penal pode ser considerada, já que tem o mesmo efeito, uma sentença aditiva.

Veja-se:

Em verdade, é preciso deixar claro que a prolação de decisões interpretativas com efeitos aditivos não é algo novo na jurisprudência do STF. Poder-se-ia, inclusive, atestar que se trata apenas de uma nova nomenclatura, um novo (e mais adequado) termo técnico para representar formas de decisão que o Tribunal costuma tomar quando realiza a conhecida interpretação conforme a Constituição e, com isso, acaba por alterar, ainda que minimamente, os sentidos normativos do texto legal. Tornou-se algo corriqueiro mencionar a jurisprudência da Corte italiana sobre o tema para, num exercício de direito comparado, defender a “introdução” de novas técnicas de decisão no controle abstrato no Brasil. Não obstante, atente-se para o fato de que os problemas solucionados pela Corte italiana por meio de sentenças aditivas são muitas vezes idênticos àqueles enfrentados pelo Supremo Tribunal Federal quando aplica a técnica da interpretação conforme a Constituição. Portanto, ainda que se queira denominar a decisão tomada nesta ADPF como interpretação conforme, ela não deixará de ser, consoante a nomenclatura tecnicamente mais adequada, uma decisão interpretativa (manipulativa) com efeitos aditivos.

A modificação que o Ministro pretende fazer no Código Penal está concentrada no art. 128 do referido diploma que prevê, originalmente, duas modalidades de aborto, o aborto necessário, em seu inciso primeiro, e o aborto sentimental, em seu último inciso:

“Art. 128 – Não se pune o aborto praticado por médico:

I – se não há outro meio de salvar a vida da gestante;

II – se a gravidez resulta de estupro e o aborto é precedido

de consentimento da gestante ou, quando incapaz, de seu representante legal”.

Assim, adicionar-se-ia ao supracitado artigo um novo inciso, uma nova excludente de ilicitude, uma nova modalidade de aborto: o de anencéfalo.

Gilmar Mendes explica que isso é possível já que o próprio Tribunal admitiu a possibilidade de atuar como legislador positivo no bojo desta ADPF.

Veja-se:

Ao rejeitar a questão de ordem levantada pelo Procurador-Geral da República, o Tribunal admitiu a possibilidade de, ao julgar o mérito da ADPF 54, atuar como verdadeiro legislador positivo, acrescentando mais uma excludente de ilicitude – no caso de o feto padecer de anencefalia – ao crime de aborto. Isso quer dizer que, pelo menos segundo o meu voto, está rechaçado o argumento da autora, de atipicidade do fato.

Acolho a hipótese de que a Corte criará, ao lado das já existentes (art. 128, I e II), uma nova hipótese de excludente de ilicitude do aborto.

Portanto, não se pode negar que o Supremo Tribunal Federal está a se livrar do vetusto dogma do legislador negativo e, nesse passo, alia-se à mais progressiva linha jurisprudencial das decisões interpretativas com eficácia aditiva, já adotadas pelas principais Cortes Constitucionais europeias. (grifos nossos)

Desse modo, o Ministro Gilmar Mendes conclui seu voto dando procedência à arguição de descumprimento de preceito fundamental no sentido da promoção da interpretação conforme à Constituição do art. 128 do Código Penal Brasileiro introduzindo neste um novo inciso que possibilite o aborto de anencéfalo, atuando, assim, como legislador, mesmo sendo membro do Poder Judiciário, ao invés do Poder Legislativo.

O Ministro Ricardo Lewandowsky proferiu voto breve, mas não menos interessante para a temática deste trabalho, visto que se contrapôs fortemente ao todo delineado por Gilmar Mendes, em seu voto.

Enquanto Mendes se posiciona a favor da inserção do aborto de anencéfalo no ordenamento jurídico e concebe a interpretação conforme como o instrumento correto para isso, Lewandowsky é duro ao caracterizar o aborto de anencéfalo como aborto eugênico e defende que a interpretação conforme conhece limites e não pode

ser utilizada para usurpar a competência do Congresso Nacional ao legislar em seu lugar.

Logo no início de seu voto, Lewandowski refuta o argumento de que o Código Penal não tinha meios para prever a anencefalia e por isso não havia previsto esta hipótese de abortamento. Para o ministro, havia, sim, tecnologia disponível à época. Além disso, o Código Penal passou por reforma em 1984 e o legislador optou por não mexer na legislação da parte especial referente ao aborto, ou seja, a não existência do aborto de anencéfalo no Código Penal é uma decisão soberana do legislador.

Veja-se:

E não se diga que à época da promulgação do Código Penal ou de sua reforma, levadas a efeito, respectivamente, por meio do Decreto-lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940, e da Lei 7.209, de 11 de junho de 1984, não existiam métodos científicos para detectar eventual degeneração fetal. Como se sabe, os diagnósticos de deformidades ou patologias fetais, realizados mediante as mais distintas técnicas, a começar do exame do líquido amniótico, já se encontram de longa data à disposição da Medicina.

Permito-me insistir nesse aspecto: caso o desejasse, o Congresso Nacional, intérprete último da vontade soberana do povo, considerando o instrumental científico que se acha há anos sob o domínio dos obstetras, poderia ter alterado a legislação criminal vigente para incluir o aborto eugênico, dentre as hipóteses de interrupção da gravidez isenta de punição. Mas até o presente momento, os parlamentares, legítimos representantes da soberania popular, houveram por bem manter intacta a lei penal no tocante ao aborto, em particular quanto às duas únicas hipóteses nas quais se admite a interferência externa no curso regular da gestação, sem que a mãe ou um terceiro sejam apenados.

Tendo por base que a não existência da possibilidade de aborto de anencéfalo no Código Penal consiste numa opção do legislador, refutando a ideia de que este não tinha informações suficientes à época para legislar sobre o caso, Lewandowski expõe que interpretação conforme esbarra na vontade manifesta do legislador em não permitir esta modalidade abortiva:

Impende ressaltar, ademais, naquilo que interessa para a presente discussão, que a técnica de interpretação conforme a Constituição, embora legítima e desejável, dentro de determinadas circunstâncias, defronta-se com duas barreiras intransponíveis, quais sejam: de um lado, não é dado ao hermeneuta afrontar a expressão literal da lei; de outro, não pode ele contrariar a vontade manifesta do legislador e, muito menos, substituir-se a ele.

O Ministro alerta que o Parlamento brasileiro não se mostrou inerte perante o tema e vem promovendo, em seu seio, amplos debates, que não desembocaram ainda numa solução definitiva:

Esse debate, como não poderia deixar de ser, também alcançou o nosso Parlamento, o qual se encontra profundamente dividido, refletindo, aliás, a abissal cisão da própria sociedade brasileira em torno da matéria. Os congressistas, favoráveis e contrários ao aborto, têm entretido apaixonadas polêmicas, sendo certo que os representantes do povo, até o momento, não chegaram ainda a uma solução de consenso. Por essa razão continua em vigor o claríssimo texto da legislação penal que, como visto, não admite, em nenhuma circunstância, o aborto eugênico.

Como visto, diante deste impasse legislativo, Lewandowski defende a manutenção do texto original do Código Penal.

Ricardo Lewandowski caminha para a conclusão do seu voto e tece comentários que revelam a verdadeira cisão que existe entre os juízes contemporâneos, que, de um lado, prezam pela manutenção das normas, tomando uma posição mais conservadora no momento de julgar; e, de outro, argumentam que o Direito precisa conectar-se à realidade sempre em movimento, e, caso o Parlamento falhe em desempenhar essa função, cabem aos Tribunais promover essa conexão, tomando uma posição mais progressista na hora de julgar.

Desse modo, o julgamento da ADPF 54 não se restringe somente ao aborto, mas também aborda grandes questões que vão além da dogmática jurídica, entrando no âmbito da Filosofia do Direito, como o debate sobre o papel do Juiz de Direito na sociedade.

Sobre o papel que a Corte Constitucional deve assumir perante julgamentos tão delicados, lewandowski é categórico:

De fato, como é sabido e ressabido, o Supremo Tribunal Federal, à semelhança do que ocorre com as demais Cortes Constitucionais, só pode exercer o papel de legislador negativo, cabendo-lhe a relevante – e por si só avassaladora - função de extirpar do ordenamento jurídico as normas incompatíveis com o Texto Magno.

Trata-se de uma competência de caráter, ao mesmo tempo, preventivo e repressivo, cujo manejo, porém, exige cerimoniosa parcimônia, tendo em conta o princípio da intervenção mínima que deve pautar a atuação da Suprema Corte.

Qualquer excesso no exercício desse delicadíssimo mister trará como consequência a usurpação dos poderes atribuídos pela Carta Magna e,

em última análise, pelo próprio povo, aos integrantes do Congresso Nacional.

Destarte, não é lícito ao mais alto órgão judicante do País, a pretexto de empreender interpretação conforme a Constituição, envergar as vestes de legislador positivo, criando normas legais, ex novo, mediante decisão pretoriana. Em outros termos, não é dado aos integrantes do Poder Judiciário, que carecem da unção legitimadora do voto popular, promover inovações no ordenamento normativo como se parlamentares eleitos fossem. (grifo nosso)

Munido dos argumentos aqui expostos, o Ministro encerra seu voto julgando improcedente o pedido.

5.1.2 A posição do *Parquet*

No julgamento definitivo da ADPF nº 54, em 2012, o então Procurador-Geral da República (PGR), Roberto Gurgel, posicionou-se pelo deferimento da ação. No caso, o representante máximo do *parquet* deu parecer favorável nos moldes do voto do relator da ação, Ministro Marco Aurélio Mello. Para Roberto Gurgel, assim como Marco Aurélio, a ADPF nº 54 merecia ser deferida atendendo a pretensão autoral, ou seja, julgando inconstitucional a interpretação de que a interrupção da gravidez de feto anencéfalo seria aborto. Para ambos, não se trata de hipótese de aborto já que o feto anencéfalo não tem perspectiva de vida extrauterina, sendo o seu abortamento um fato atípico perante a legislação penal vigente. Essa linha de raciocínio, que prevaleceu ao final de julgamento, é diversa do defendido por Gilmar Mendes, e, ainda mais diversa do defendido por Ricardo Lewandowski. Mendes, mesmo compondo a maioria pelo deferimento da ação, fez voto no sentido de reconhecer que é, sim, caso de aborto, e ele próprio iria inserir essa possibilidade na legislação, mediante sentença aditiva. Lewandowski, por outro lado, foi categórico em seu posicionamento, minoritário, e rechaçou a possibilidade de atuar como legislador positivo, julgando improcedente o pedido.

Entretanto, no ano de 2004, em momento processual anterior ao julgamento definitivo da ação, o mesmo Ministério Público Federal foi instado a se manifestar sobre o caso e o então Procurador-Geral da República, Cláudio Fonteles, elaborou

parecer desfavorável ao deferimento da ação, demonstrando que, também no âmbito do Ministério Público, não havia consenso sobre a matéria.

O que se mostra interessante no parecer de Cláudio Fonteles é a argumentação trazida por ele focada em esclarecer as controvérsias no âmbito do Direito Constitucional que o julgamento da ADPF nº 54 promove, principalmente quando se está diante de uma sentença aditiva, que é objeto deste trabalho monográfico. Importa destacar que a sua conclusão pelo indeferimento da ação não se baseia somente numa posição moral contra o aborto, mas numa posição jurídica contra um STF ativista.

Fonteles agrega ao seu parecer as importantes lições de Rui Medeiros, renomado constitucionalista português, sobre as decisões de inconstitucionalidade no âmbito dos Tribunais constitucionais para, posteriormente, refletir e elaborar uma conclusão sobre o tema.

O primeiro ponto em destaque em seu parecer é a preocupação de que o mecanismo da interpretação conforme à Constituição não se transforme num meio de substituir o legislador pelo órgão fiscalizador (Tribunal), especificando um limite claro para o instituto em apreço: a interpretação que se pretende fazer não pode passar de uma adequação do sentido da norma ao texto constitucional e se transformar num verdadeiro instrumento de modificação, de correção, da disposição legislativa fiscalizada.

Todo o esforço doutrinário em estabelecer limites à interpretação conforme à Constituição tem por objetivo salvaguardar a competência do legislador perante o órgão fiscalizador. Quando o julgador opta por uma decisão interpretativa corretiva de lei, ele atenta contra a competência do legislador numa dimensão mais grave do que uma decisão pela invalidade do ato normativo ou a sua não aplicação, visto que, nestas duas últimas hipóteses, ainda cabe ao legislador a tarefa de elaborar nova legislação que supere os vícios que acarretaram na invalidação ou não aplicação do texto anterior.

Desse modo, o raciocínio continua no sentido de que a interpretação conforme à Constituição conhece dois limites específicos: a literalidade da lei e a vontade do legislador. Não se atentando contra aqueles, é possível a feitura da interpretação conforme à Constituição, que, deve ocorrer em hipótese cuja vontade do legislador

não esteja clara no texto legislado, para, assim, dar-se sentido para existência do texto examinado no ordenamento jurídico vigente interpretando-o de acordo com o escopo valorativo da Constituição em vigor.

Consiste em premissa desta visão sistêmica que a alteração das normas vigentes é faculdade exclusiva das fontes de direito, excluindo o intérprete deste campo de atuação. Tal posicionamento tem por objetivo preservar a segurança jurídica, na medida em que promove a conservação das normas, e, também, evita o arbítrio judicial. A matriz axiológica deste posicionamento reside no princípio da separação dos poderes que consiste no norte valorativo básico de qualquer Estado republicano.

Fonteles continua sua exposição, baseada nas lições de Rui Medeiros, e, antes de concluir seu parecer, defende que, em sede de jurisdição constitucional, o controle de constitucionalidade deve ser exercido em sua acepção negativa, oposta às manifestações ativistas que ocorrem na contemporaneidade.

Sendo assim, um Tribunal Constitucional não poderia ir além da sua função de *jurisdictio*, ou seja, de julgador e transformar-se num legislador apócrifo. Entretanto, não se pode exigir, também, que uma corte constitucional se atenha à mera aplicação formal das normas, devendo equilibrar sua atuação jurisdicional para que não seja, somente, um aplicador da lei e, também, não procure ser um usurpador das competências do legislador.

A base principiológica das ideias aqui expostas é composta, além do princípio da separação dos poderes, pelo chamado princípio democrático. O princípio da separação de poderes tem por objetivo fundamental separar, distinguir, os Poderes responsáveis pela legislação e jurisdição. O princípio democrático, por sua vez, refere-se aos órgãos representativos do povo, que detém a exclusividade de manifestação política, como o Poder Legislativo e Executivo. Portanto, nesta visão sistêmica, quando a jurisdição constitucional é utilizada para usurpar a competência do legislador, mediante utilização de sentença aditiva, por exemplo, ela acaba desrespeitando os supracitados princípios e põe em risco o sistema democrático-representativo de governo, sendo, portanto, uma atuação inconstitucional à luz das Constituições republicanas.

Desse modo, caberia ao juiz constitucional, a tarefa de averiguar se aquele que legislou assim o fez contra a Constituição vigente, podendo declarar a invalidade do preceito ou não aplicá-lo ao caso, mas, nunca, substituir-se ao legislador.

Finda a exposição jurídica, Fonteles passa a analisar o pedido da autora para aplicar a interpretação conforme aos arts 124, 126 e 128 do Código Penal Brasileiro. Em todas as hipóteses, o PGR considera injurídica a aplicação do referido mecanismo para tentar inserir o aborto de anencéfalo ou retirá-lo do alcance da norma punitiva. A lei penal, em seus arts 124 e 126, é clara ao punir o aborto praticado pela própria gestante ou com o seu consentimento e aquele praticado por terceiro. No caso do art. 128, a lei penal só autoriza o aborto em duas hipóteses: gravidez que ponha em risco a vida da gestante (aborto terapêutico) e aquela resultante de estupro (aborto sentimental).

Por fim, o PGR não vê possibilidade de existência do aborto de anencéfalo por não estar previsto na letra da lei, não ter sido intenção do legislador a sua positivação, e não ser possível enquadrá-lo na legislação penal autorizativa, diante da clareza redacional do dispositivo. Assim, pugna pelo indeferimento da ação.

5.2 SENTENÇA ADITIVA: CONCREÇÃO OU VIOLAÇÃO DA CF/88?

A análise que pode ser feita sobre a relação de compatibilidade entre a sentença aditiva e a Constituição Federal de 1988, seja qual for o posicionamento que se tome, perpassa pela fixação da visão que se tem sobre o sistema brasileiro de normas, que tem a Carta Magna em seu topo.

Os argumentos são fortes em ambos os sentidos, já que envolvem valores sensíveis à ordem constitucional. Os defensores do protagonismo político-jurídico das cortes constitucionais acreditam que as decisões aditivas, que são manifestações do ativismo judicial, contribuem para a consolidação da vasta gama de direitos fundamentais previstos na Constituição ao promoverem a incidência direta do texto constitucional nos casos concretos que chegam aos tribunais e, se necessário, a revisão da legislação infraconstitucional com o intuito de adequá-la à Constituição. O sistema de normas, nesse caso, estaria sendo aprimorado com o deslocamento da competência política para o Poder Judiciário, já que a atuação positiva do juiz no

caso concreto promove a eficácia direta dos direitos fundamentais, sanando a insatisfação social com a inércia do Parlamento em temas sensíveis para a sociedade, como no caso do aborto de anencéfalo.

A pauta relativa aos direitos fundamentais, principalmente a partir dos anos 2000, contribuiu definitivamente para a sua conformação no seio do Supremo Tribunal Federal, que, em resposta aos anseios sociais, entendeu por levar adiante a jurisdição constitucional positiva, progressista, ao invés da negativa, autorrestritiva.

Nesse sentido, Carlos Alexandre de Azevedo Campos (2014, p. 328) explica que:

Essa dimensão revela-se na atitude judicial de exigir do Estado o cumprimento de **deveres políticos**, inclusive do *dever de legislar*, voltados à tutela dos direitos fundamentais. No âmbito dessa dimensão prestacional, o Supremo Tribunal Federal tem imposto ao Estado a realização de condutas positivas, corrigindo ou mesmo substituindo essas condutas em dois campos distintos embora correlacionados – a realização de **deveres de proteção aos direitos fundamentais** para avançar posições de igualdade e dignidade; a formulação de **políticas públicas** e a **prestação de serviços públicos** dirigidos a assegurar a validade concreta dos **direitos sociais e econômicos**.

A Corte Constitucional se vê, desse modo, como guardiã da supremacia da Constituição perante as leis, emanadas do Poder Legislativo, e as políticas públicas, adotadas pelo Poder Executivo. Havendo a percepção, pela Corte Constitucional, de que determinado quadro normativo de proteção, delineado pelo legislador, seja insuficiente para a efetivação dos direitos fundamentais, ela não se furtará a interferir ou mesmo substituir a vontade política sob o argumento da tutela daqueles direitos.

Veja-se:

Ou seja, o Estado tem o *dever de legislar* de modo *suficiente* para proteger e promover a igualdade e a dignidade da pessoa humana. Contudo, caso os poderes políticos não cumpram essa ação positiva na medida adequada, **o Supremo sente-se autorizado a intervir ou até tomar o lugar do Legislativo** nessa tarefa e, por conta própria, dimensionar a proteção objetiva desses direitos fundamentais como julgar suficiente e eficaz (CAMPOS, 2014, p. 328) (grifo nosso)

Desse modo, a atuação da Corte Constitucional vem sendo pautada, portanto, no movimento contramajoritário, ou seja, de reação ao silêncio do Parlamento sobre questões tidas como fundamentais diante dos preceitos constitucionais. Reside no Judiciário a alternativa de mudar a realidade social como se representante político fosse, veja-se:

O Supremo tem cumprido papel destacado nesse cenário de afirmação dos direitos fundamentais. Decisões anteriormente citadas, como as que reconheceram o *status* jurídico das uniões homoafetivas e o direito ao aborto de feto anencéfalo, ou as que confirmaram a constitucionalidade da pesquisa com células tronco-embrionárias e das ações afirmativas raciais, compõem o núcleo nobre dessa jurisprudência de direitos. Porém, existem outras decisões muito relevantes, nas quais o Supremo, expandindo os sentidos normativos da dignidade da pessoa humana, da liberdade, igualdade, solidariedade, exigiu do Estado o respeito e a realização de direitos fundamentais, impondo-lhe deveres negativos e positivos de atuação. Ou seja, **o Supremo tem sido bastante ativista em face do Estado e a favor da concretização dos direitos fundamentais** (CAMPOS, 2014, p. 322).

Outra perspectiva sobre o tema consiste naquela que relaciona o ativismo judicial e a legitimidade. Caberia ao juiz agir de forma mais ativista ou autorrestritiva dentro do âmbito de sua legitimidade judicial, não havendo espaço para o argumento de que esse ativismo consistiria tão somente em decisões que não guardam qualquer vínculo com o Direito e tão somente reflitam as convicções pessoais de cada juiz.

Nesse sentido:

(...) existem os que sustentam ser a “decisão judicial ativista” espécie do gênero “decisão judicial legítima”. O ativismo judicial seria sempre exercido dentro da zona racional de criação judicial do direito, estando inserido nos limites da legitimidade judicial. Exemplo destacado desta posição é Aharon Barak – ele mesmo, um juiz modelo no exercício do ativismo judicial. Segundo Barak, ativismo e autorrestrição operam dentro dos limites da legitimidade judicial, de modo que, a distinção entre [eles] é uma distinção de grau, e não de gênero (CAMPOS, 2014, p. 159)

Também se busca esclarecer que o ativismo judicial é totalmente compatível com o sistema de jurisdição constitucional, dentro da perspectiva delineada por Sorrenti (2014) do Estado jurisdicional. A democracia representativa baseada no sistema eleitoral que preenche o Parlamento para consagrar, pelo direito positivo, os valores individuais e sociais de toda a sociedade não seria suficiente para tornar a própria democracia mais democrática. A prática ativista se manifesta numa necessidade do Estado para fortalecer a democracia na medida em que fornece aos cidadãos a via jurídica que possibilita a contraposição ao decidido pelos detentores do poder político.

Veja-se:

Posto isso, concluímos que a prolação de decisões com perfil aditivo — sejam interpretativas, de acolhimento parcial ou substitutivas — em matéria penal, embora possa ser afastada por uma decisão política do Tribunal

acerca de seu próprio papel no sistema de governo, não pode ser taxada como contrária à natureza da atividade da jurisdição constitucional, principalmente, quando se mantém em mente o caráter contramajoritário do Estado constitucional e da jurisdição responsável por seu equilíbrio (PAIVA, 2009, p. 10).

Portanto, o objetivo do ativismo judicial, sendo a sentença aditiva uma espécie de sua manifestação concreta, é reformular os polos de poder político, enfraquecendo o Poder Legislativo perante o Poder Judiciário no que concerne à sua clássica exclusividade de manifestação política. O constitucionalismo contemporâneo, desse modo, entende que a sentença aditiva fortalece os anseios da Constituição Federal, pois, diante da mora legislativa, cumpre o papel de efetivar os direitos fundamentais, de acordo com o que o Tribunal Constitucional entenda do que deva ser feito.

Nesse sentido, Paulo Frederico Paiva (2009, p. 10) arremata:

Nada do que aqui defendemos evidencia-se contraditório em relação ao princípio democrático, desde que se reconheça que a democracia parlamentar sazonal evoluiu para uma democracia constitucional contínua, permitindo que “os indivíduos exerçam um trabalho político: o controle, fora dos momentos eleitorais, da ação dos governantes”. Trata-se de um modelo político-institucional que sobrepõe-se à unicidade de fonte e à ilimitada prevalência parlamentar, podendo ser tomada a jurisdição constitucional como âmbito permanente de discussão e de controle, pelo cidadão e pela sociedade, de seus representantes, aumentando assim “a representatividade global do sistema e, portanto, sua democraticidade mesma”. O cidadão figura – comentou Rousseau - como representado nas instituições “legislativa e executiva e como soberano através da jurisdição constitucional”. (grifo nosso)

Por outro lado, como defendido pelo ministro Ricardo Lewandowsky e pelo ex-PGR Cláudio Fonteles, a utilização da sentença aditiva seria um desrespeito à Constituição Federal, já que o Poder Judiciário estaria usurpando a competência do Poder Legislativo, configurando, claramente, numa violação ao princípio da Separação dos Poderes.

O supracitado princípio surgiu com o objetivo de fragmentar o poder estatal que, antes, era reunido na figura do soberano, nos Antigos Regimes. Remonta à época do Iluminismo a reação da sociedade ao totalitarismo estatal que consistiu na divisão das funções do Estado em três Poderes autônomos e equivalentes: Executivo, Legislativo e Judiciário. Essa nova concepção de Estado formulada no mundo ocidental garantiu a tripartição do poder, assegurando ao sistema democrático a sua

perenidade no tempo que persiste até a atualidade, já que consiste num sistema eficaz no combate às arbitrariedades, porque não há a concentração da totalidade do poder estatal em um único polo.

Sobre o assunto, importa anotar as lições de Daniel Oitaven (2013, p. 39):

A separação de poderes constitui o fundamento básico da estrutura operacional do Estado de Direito. Limitar a esfera de ação do Legislativo, do Executivo e do Judiciário não representa apenas uma forma de evitar confusões de ordem política entre os órgãos nos quais consiste a concepção moderna de Estado. Administrar, legislar e aplicar são prerrogativas da visão do Estado como uma ágil engrenagem, devidamente sistematizada e planejada. A rigor, dada a pretensão de unidade do poder estatal, o que ocorre, muito mais do que uma separação estrutural de poderes, é uma distribuição dinâmica de funções. Para evitar a prevalência de um dos três Poderes sobre o outro, mesmo que dentro da estrita legalidade formal, tal distribuição dependeu da concepção do Sistema de Freios e Contrapesos, entendido como um mecanismo endógeno de controle do poder capaz de proporcionar um movimento recíproco de equilíbrio e flexibilidade política.

O princípio da Separação dos Poderes é tutelado pela Constituição de 1988 de uma forma especial, no âmbito das cláusulas pétreas, constantes do art. 60 da referida Constituição:

Art. 60. A Constituição poderá ser emendada mediante proposta:

§ 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:

I - a forma federativa de Estado;

II - o voto direto, secreto, universal e periódico;

III - a separação dos Poderes;

IV - os direitos e garantias individuais.

A leitura do preceito constitucional indica que nenhuma proposta de Emenda à Constituição poderá tender a abolir ou mitigar a separação dos Poderes. Este fato indica que somente uma nova Constituinte poderia redesenhar o atual sistema de poder, pois o supracitado §4º garante a perpetuidade da separação de Poderes enquanto a atual Constituição estiver vigente, sendo assim, uma cláusula pétreia.

Nesse sentido, a utilização da sentença aditiva com o fim de legislar consiste no exercício, pelo Judiciário, de função típica do Legislativo, violando as atribuições

previstas na Constituição de 1988 a cada Poder, decorrentes da filosofia do Estado moderno representada na Separação dos Poderes, sendo, portanto, a referida sentença inconstitucional, por desrespeito aos valores pétreos.

Além disso, o argumento reiteradamente veiculado de que o ativismo judicial seria uma resposta legítima ao conservadorismo político manifestado no atual Parlamento brasileiro, no que concerne a questões sensíveis às minorias, como o aborto ou união homoafetiva, não merece prosperar porque o conservadorismo político não significa, necessariamente, imobilismo político, ou que estaria em dissonância com a realidade social e seus avanços. A ideia de reforma está presente no conservadorismo político, mas compete à classe política medir seus efeitos e verificar se, de fato, é válido reformar determinada legislação considerada tradicional. Na verdade, o que o ativismo judicial pretende combater não é uma “omissão” ou falta de “vontade” política, mas, sim, uma escolha política, feita pelos legítimos representantes do povo.

Sobre este tema, o cientista político João Pereira Coutinho (2014, p. 75-76) esclarece:

O conservadorismo político surge assim indissociável de uma ideia de reforma. Mas não de uma ideia qualquer de reforma, como se o mero ato de mudar fosse suficiente, ou até positivo, em si mesmo. Oakeshott estabelece uma distinção relevante – embora, como se verá a seguir, não inteiramente original – entre inovações (ou reformas) que são exógenas ao conservador; e inovações (ou reformas) que o conservador entende empreender por considera-las necessárias para a manutenção de princípios ou instituições relevantes para a comunidade.

Sobre as mudanças exógenas, **o conservador deve ter em conta que a inovação traz sempre uma perda inevitável e um ganho possível, o que significa que cabe a quem propõe a referida mudança mostrar claramente as vantagens da inovação sobre as certezas da tradição.** (grifo nosso)

A agenda política levada a cabo pelo Supremo Tribunal Federal em suas decisões jurídicas reflete a tentativa de enfraquecer a democracia representativa com o desiderato de instituir um Estado jurisdicional, à luz da concepção italiana do termo. O pretexto utilizado para legitimar a atuação positiva, ativista, da Corte Máxima reside na defesa da supremacia da Constituição, promovendo a reforma do sentido ou literal da norma sob o argumento de incidência direta dos direitos fundamentais, que não estariam contemplados pela legislação infra, por exemplo. Este tipo de conduta põe em cheque o próprio regime democrático, pois prejudica a harmonia

entre os Poderes, sobrepondo-se o Poder Judiciário aos outros. A soberania popular, tutelada mediante a democracia representativa, também resta afetada e mitigada com a permanência do ativismo judicial. Com essa conduta, o Supremo Tribunal Federal passa assumir o protagonismo político, antes delegado somente aos integrantes do Congresso Nacional, que foram eleitos pelo povo. Nesta nova perspectiva, o colegiado composto por 11 juízes passa a ter a competência de revisar e substituir atos do Legislativo e do Executivo, no que se refere ao controle das políticas públicas, neste último caso. Se por um lado, os avanços sociais decorrentes da intervenção ativista do STF são importantes para o amadurecimento da democracia, por outro lado, a própria democracia é enfraquecida, pois a segurança jurídica é mitigada, não havendo mais a previsibilidade do alcance do STF, que pode intervir em qualquer matéria desde que haja provocação nesse sentido e convencimento dos juízes que o compõem.

Desse modo, a tese que defende a inconstitucionalidade da sentença aditiva, que, portanto, rechaça o próprio ativismo judicial, não confere qualquer possibilidade de legitimidade constitucional para as práticas ativistas.

Nesse sentido:

Paradigma deste pensamento é Robert Bork. De acordo com o autor norte-americano, juízes ativistas decidem casos com fundamentos sem qualquer conexão plausível com a lei que pretendem aplicar. Eles expandem ou mesmo contradizem o significado da lei. **Os juízes ativistas “chegam a resultados anunciando princípios que nunca foram contemplados por aqueles que escreveram e votaram a lei”, e realizam agendas políticas por meio da liberdade que possuem de refletir a “melhor” opinião sobre como impor a Constituição.** Agindo assim, cortes ativistas, progressivamente, eliminam o direito fundamental, reconhecido nos regimes democráticos, de o povo se autogovernar, sendo o ativismo judicial *sempre* exercício ilegítimo do poder judicial (CAMPOS, 2014, p. 158-159) (grifo nosso).

Por fim, importa destacar que a análise promovida neste trabalho sobre a relação entre intérprete e Direito, no que concerne ao ativismo judicial, é qualitativa e não quantitativa. A visão quantitativa do ativismo judicial consiste na ideia de que o mero aumento de decisões de inconstitucionalidade seria uma demonstração, pela Corte constitucional, de falta de deferência ao legislador ordinário, o que não é o caso. A Corte constitucional tem competência originária para fazer o juízo de constitucionalidade quando provocada, sem restrição numérica para tanto.

Entretanto, no prisma qualitativo, só é preciso uma decisão judicial (como a sentença aditiva) que vise substituir o legislador para que se promova toda a tensão hermenêutica que permeia este trabalho.

6. CONCLUSÃO

O presente trabalho científico teve por objetivo verificar a compatibilidade da sentença aditiva com a Constituição Federal de 1988, através de um estudo que vai além do aspecto formal, demonstrando o embate hermenêutico-filosófico acerca do tema, além de analisar a utilização da sentença aditiva na ADPF nº 54.

Constatou-se, no decorrer desta monografia, que a sentença aditiva configura uma espécie de decisão aditiva capaz de promover a correção da legislação que se pretende adequar à Constituição. Essa correção se dá pelo fato de a norma examinada não conter determinada disposição ou valor que o Tribunal Constitucional reputa como indispensável para a preservação de sua constitucionalidade. Assim, o próprio Tribunal insere o valor faltante no ordenamento jurídico, como se legislador fosse. Desse modo, concluiu-se que a sentença aditiva é uma manifestação do ativismo judicial.

Analisando a origem da sentença aditiva e o contexto histórico de sua formulação, verificou-se que a sentença aditiva é uma construção da Corte Constitucional Italiana que objetivou enfraquecer o Parlamento perante o Poder Judiciário daquele país. Através desta sentença, a Corte Constitucional passou a não se restringir ao mundo jurídico, interferindo, também, na política.

A partir das lições de Giusi Sorrenti, constatou-se que a agenda política das Cortes Constitucionais contemporâneas consiste num processo de transformação do Estado Democrático de Direito, passando de Estado constitucional para Estado jurisdicional. Isso significa que, nesta nova perspectiva de Estado, a Corte Constitucional divide com o Parlamento a atuação política, podendo legislar, quando provocada. A consequência desta nova concepção de Estado é o enfraquecimento da soberania popular, representada pela classe política, e o fortalecimento do “decisionismo” dos juízes constitucionais.

Ademais, foi possível perceber a utilização de métodos interpretativos para auxiliar a pretensão ativista das Cortes Constitucionais, como a interpretação conforme à Constituição. Ficou demonstrado que, segundo a doutrina tradicional, a interpretação conforme não pode ser efetuada se tiver como consequência o desrespeito à literalidade da lei ou à vontade do legislador. Entretanto, não é característica do ativismo judicial a deferência à tradição. Segundo Sorrenti, a interpretação conforme deve ser usada como mecanismo que fulmine a vinculação clássica entre intérprete e lei com o fim de consolidar o Estado jurisdicional.

No âmbito da teoria do Direito, abordou-se o embate clássico entre Herbert Hart e Ronald Dworkin que traduziu as ideias de manutenção e superação do positivismo, respectivamente. Hart deixa claro que a atuação jurisdicional pode ocorrer com mais liberdade no âmbito da “textura aberta” inerente às normas jurídicas, mas isso não

quer dizer que ela fique sem limitação, pois a própria norma estabelece padrões jurídicos que não podem ser desrespeitados, preservando, assim, o positivismo. Dworkin, por sua vez, defende a utilização do poder discricionário da autoridade judicial, em seu sentido forte, como instrumento modificador do sistema de regras (positivismo), que ele considera obsoleto, incapaz de abranger toda a realidade social. Esse estudo se relaciona ao tema, na medida em que os juízes ativistas veem em Dworkin o lastro teórico legitimador de sua atuação. Peter Harbele também se relaciona ao tema, já que a sua proposta de uma sociedade aberta dos intérpretes contribui para a prática do ativismo judicial, na medida em que defende que o juiz não deve se pautar somente em elementos jurídicos no momento de julgar, podendo colher, do meio social, elementos capazes de influir na prévia interpretação da norma.

No âmbito da ADPF nº 54, analisou-se, especificamente, os posicionamentos dos ministros Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowsky e do ex-PGR, Cláudio Fonteles. Mendes defendeu a inserção da hipótese de aborto de anencéfalo no Código Penal, através da sentença aditiva, sob o argumento de que o referido diploma merecia passar por uma interpretação evolutiva e caberia ao STF fazê-lo na omissão do Parlamento. Lewandowsky, por sua vez, repudiou a atuação da corte suprema como legislador positivo e esclareceu que isso configuraria usurpação da competência constitucional do Poder Legislativo. Na mesma linha de Lewandowsky, Fonteles foi duro ao afirmar que a utilização da interpretação conforme à Constituição, nos moldes pretendido pela autora, configuraria um desvirtuamento do instituto, desrespeitando seus limites, e concluiu pela necessidade do STF atuar de forma negativa, sem interferir nos outros poderes.

No último capítulo, buscou-se evidenciar os principais argumentos favoráveis e contrários à sentença aditiva. Restou-se evidenciado que, de fato, a sentença aditiva é capaz de acelerar a concretização dos direitos fundamentais, na medida em que promove a incidência direta desses direitos ao caso concreto, através da interferência legislativa da Corte Constitucional. Por outro lado, demonstrou-se a preocupação com a segurança jurídica do ordenamento, já que o aumento do poder discricionário do juiz seguido do desrespeito às limitações normativas a esse poder configura um ambiente de instabilidade jurídica quanto à previsibilidade das decisões e abala a estrutura republicana de separação dos poderes.

Por fim, o entendimento que prevalece, neste trabalho, é completamente contrário ao oferecido por Gilmar Mendes e favorável ao defendido por Ricardo Lewandowsky e Cláudio Fonteles.

A Corte Constitucional não pode substituir o legislador e provocar uma revisão do modelo republicano sem autorização constitucional para tanto. A pretensão de transformar o Estado Democrático de Direito em “Estado jurisdicional” consiste num atentado à soberania popular e ao modelo de democracia representativa. Não é possível, dessa forma, compactuar com o desvirtuamento de institutos

interpretativos, como a interpretação conforme à Constituição, que tem como fim precípua dar vestes jurídicas à uma atuação política das Cortes Constitucionais.

Hart corretamente ensina que as normas jurídicas, que regem o meio social, devem obediência a um sistema hierarquizado, com a Constituição como parâmetro último de validade, e, mesmo sendo controladas pelo Poder Judiciário quanto à sua constitucionalidade, não são produtos típicos daquele Poder, mas, sim, do Parlamento. Os juízes constitucionais, desse modo, estão adstritos aos padrões jurídicos estipulados pela norma, não podendo, ao seu sabor, inserir valores nunca antes previstos pela legislação.

Diante dos conceitos, teorias e posicionamentos examinados, conclui-se que a sentença aditiva é inconstitucional por ferir diretamente a Separação de Poderes, que recebe proteção máxima na Constituição Federal de 1988, no âmbito das cláusulas pétreas.

REFERÊNCIAS

- ABBOUD, Georges. **Sentenças interpretativas, coisa julgada e súmula vinculante: alcance e limites dos efeitos vinculante e *erga omnes na jurisdição constitucional***. 2009. Dissertação (Mestrado em Direito) – Potifícia Universidade Católica, São Paulo. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/teste/arqs/cp113238.pdf>>. Acesso em: 11 mai. 2014.
- AVILA, Humberto. **Teoria dos Princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos**. 13. ed. rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2012.
- BARROSO, Luís Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 6. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2004.
- BONAVIDES, Paulo. **Ciência Política**. 15. Ed. São Paulo: Malheiros, 2008.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 42 ed. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BRASIL. Ministério Público Federal. **Parecer**. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54-DF. Elaborado por Cláudio Fonteles. Disponível em: <http://www.sbdp.org.br/arquivos/material/62_PGR%20-%20Parecer%20sobre%20ADPF%2054%20%28Claudio%20Fonteles%29.pdf> Acesso em: 30 jan. 2015.
- BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 54. Requerente: Confederação Nacional dos Trabalhadores na Saúde – CNTS. Relator: Min. Marco Aurélio. Brasília, DJ 12 abr. 2012. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=3707334>>. Acesso em: 11 mai. 2014.
- CAMARGO, Margarida Maria Lacombe. **Hermenêutica e argumentação: uma contribuição ao estudo do direito**. 3.ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2003.
- CAMPOS, Carlos Alexandre de Azevedo. **Dimensões do Ativismo Judicial do STF**. Rio de Janeiro: Forense, 2014.
- COUTINHO, João Pereira. **As ideias conservadoras explicadas a revolucionários e reacionários**. São Paulo: Três Estrelas, 2014.
- CUNHA JUNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. 4. ed. rev. ampl. e atual. Salvador: JusPodivm, 2010.
- DWORKIN, Ronald. **Levando os Direitos a sério**. Trad. Nelson Boeira. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

FERRAZ JUNIOR, Tercio Sampaio. **Introdução ao estudo do direito**. 7 ed. rev. e ampl. São Paulo: Atlas, 2013.

FREIRE, Ricardo Maurício. **Curso de Introdução ao Estudo do Direito**. Salvador: JusPodivm, 2009.

GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**. 4. ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

HABERLE, Peter. **Hermenêutica constitucional, a sociedade aberta dos intérpretes da Constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da Constituição**. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002.

HABERMAS, Jurgen. **Direito e Democracia entre facticidade e validade**. 2. ed. Trad. Flávio Beno Siebeneichler. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 2003, v.1.

HART, Herbert Lionel Adolphus. **O Conceito de Direito**. 3. ed. Trad. A. Ribeiro Mendes. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2001.

HEGEL, Georg Wilhelm Friedrich. **Princípios da Filosofia do Direito**. Trad. Orlando Vitorino. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

KELSEN, Hans. **Teoria Pura do Direito**. 7. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2006.

_____. **Jurisdição Constitucional**. São Paulo: Martins Fontes, 2013.

MARINONI, Luiz Guilherme. **Teoria Geral do Processo**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, v. 1.

MARTINS, Ives Gandra da Silva; MENDES, Gilmar Ferreira. **Controle concentrado de Constitucionalidade**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e aplicação do direito**. 20. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2013.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 26. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2010.

OITAVEN, Daniel. **A Tensão Hermenêutica entre os Papéis Representativos do Legislativo e do Judiciário: uma interpretação construtiva do princípio da separação de poderes**. Salvador: JusPodivm, 2013.

PAIVA, Paulo Frederico. **Decisões com perfil aditivo não contrariam Constituição**. Consultor Jurídico. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2009-mai-01/decisoes-perfil-aditivo-nao-sao-contrarias-constituicao?pagina=10>> Acesso em: 30 jan. 2015.

SORRENTI, Giusi. La interpretación conforme a la Constitución en el ordenamiento italiano: estado de la cuestión. **InDret: Revista para el Análisis del Derecho**. Abr./2014. Disponível em: <http://www.indret.com/pdf/1047__es_.pdf>. Acesso em: 30 jan. 2015.

STRECK, Lenio Luiz. **Hermenêutica jurídica e(m) Crise**: uma exploração hermenêutica da construção do direito. 8. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009.